

Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 24 febbraio 2011, n. 1166.

Sull'onere di immediata impugnazione delle clausole dei bandi di gara o di concorso.

Come noto, è controversa in dottrina e giurisprudenza la natura giuridica del bando di gara o di concorso.

A fronte di un orientamento minoritario che ne afferma la natura negoziale, qualificandolo ora come offerta al pubblico ora come invito ad offrire, è prevalente nella giurisprudenza amministrativa la concezione pubblicistica secondo cui il bando è un tipico atto amministrativo il cui scopo non è solo quello di manifestare la volontà di addivenire alla stipula del contratto, ma anche e soprattutto quello di dare inizio e di regolamentare la procedura di affidamento.

Secondo questo secondo indirizzo, il bando di gara non può essere considerato un atto avente natura normativa perché privo dei requisiti essenziali per la

configurazione di un atto come fonte dell'ordinamento. Nel bando di gara difettano, in particolare, sia l'elemento dell'innovatività che quello dell'astrattezza.

La preordinazione del bando alla regolamentazione di una specifica procedura selettiva impedisce, infatti, di riconoscere in quell'atto qualsiasi idoneità ad introdurre definitivamente nell'ordinamento giuridico regole o precetti destinati ad essere applicati ad una serie indefinita di rapporti, di talchè resta esclusa qualsiasi valenza normativa nelle relative prescrizioni dirette a disciplinare, seppur in via generale, uno specifico procedimento amministrativo e, quindi, destinate ad esaurire la loro efficacia con la conclusione di quest'ultimo.

La natura di atto amministrativo generale del bando di gara pone, altresì, il problema dell'individuazione del momento in cui possono essere impugnate le relative prescrizioni. Si discute, cioè, se le clausole del bando di gara di cui si lamenta l'illegittimità possano essere immediatamente impugnate con ricorso al giudice amministrativo ovvero se bisogna attendere l'atto attuativo-esecutivo delle stesse che, individuando il destinatario, lede la sua posizione giuridica soggettiva. In tal caso, in virtù della doppia impugnazione, il soggetto interessato dovrà impugnare, contestualmente, l'atto esecutivo lesivo e la prescrizione della *lex specialis* illegittima.

Sul punto è intervenuta un'importante pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, nella sentenza n. 1/2003 ha rilevato come il problema del momento utile per l'impugnazione delle clausole del bando di gara va risolto alla luce del più generale problema costituito dalle modalità di impugnazione degli atti amministrativi generali e dei meccanismi di tutela riconosciuti dall'ordinamento contro gli atti amministrativi. Secondo il Collegio, infatti, poiché presupposto del ricorso giurisdizionale è la sussistenza di un interesse concreto ed attuale all'impugnazione, le clausole del bando vanno normalmente impugnate congiuntamente all'atto applicativo delle stesse, costituito dal provvedimento di esclusione dalla procedura selettiva, perché è solo in quel momento che il soggetto partecipante subisce la lesione dell'esclusione dalla stessa. A questa regola di carattere generale fanno, tuttavia, eccezione e, dunque, possono essere immediatamente impugnate le clausole impeditive dell'ammissione dell'interessato dalla selezione, nonché le clausole che richiedono requisiti assolutamente

incomprensibili o manifestamente sproporzionati rispetto alla procedura selettiva e che comportino sostanzialmente l'impossibilità per l'interessato di accedere alla gara e il conseguente arresto procedimentale. Le clausole in questione, infatti, manifestano immediatamente la loro lesività, appaiono sostanzialmente idonee a precludere immediatamente la stessa partecipazione alla procedura concorsuale e ricollegano alle prescrizioni introdotte un effetto giuridico diretto che appare immediatamente lesivo dell'interesse sostanziale degli aspiranti

Con tale pronuncia la Plenaria ha sopito l'acceso e articolato dibattito giurisprudenziale fino a qual momento esistente, nel quale si contendevano il campo tre diverse soluzioni. Secondo un primo orientamento, l'interesse ad impugnare il bando sorgeva sempre ed esclusivamente congiuntamente con l'atto applicativo, anche relativamente alle eventuali clausole preclusive della partecipazione alla selezione, perchè solo con l'atto applicativo dello stesso si aveva una lesione attuale dell'interesse del singolo. Tesi che l'Adunanza Plenaria ha ritenuto non condivisibile in quanto: *“Si è visto sopra come tali clausole, in quanto riferentesi a presupposti di fatto indipendenti da ogni valutazione da esprimersi nel corso della procedura concorsuale, appaiano idonee a produrre non una lesione potenziale, ma una lesione già esistente ed efficace nei riguardi dei soggetti che hanno chiesto di prendere parte alla procedura concorsuale. Il posticipare, in tali casi, l'impugnazione del bando all'atto ricognitivo dell'effetto lesivo già prodottasi non apparirebbe, pertanto, giustificato e si porrebbe in contrasto con i principi generali sull'interesse a ricorrere”*. Secondo un diverso orientamento il bando di gara doveva considerarsi sempre autonomamente ed immediatamente impugnabile per la possibilità di rinvenire in capo al singolo un interesse autonomo e diverso da quello all'aggiudicazione delle gara, consistente nell'interesse alla legittimità delle regole e delle prescrizioni della selezione. Anche questa tesi, tuttavia, secondo il Collegio non poteva trovare accoglimento in quanto: *“L'interesse alla legittimità della procedura costituisce un aspetto ed un riflesso dell'interesse all'aggiudicazione, ed è anzi quest'ultimo che può fondare e sostenere il primo, sicché l'eventuale illegittimità della procedura acquista significato e rilievo soltanto se comporta il diniego di aggiudicazione, in tal modo ledendo effettivamente l'interesse protetto, di cui è titolare il soggetto che ha preso parte alla gara. Quanto, infatti, all'interesse protetto, o comunque alla situazione soggettiva di cui è titolare il partecipante alla gara, occorre ribadire che il suo*

contenuto è costituito non dall'astratta legittimità del comportamento dell'Amministrazione, ma dalla possibilità di conseguire l'aggiudicazione. L'aggiudicazione costituisce il bene della vita che l'interessato intende conseguire attraverso la gara; ed è il medesimo bene della vita che si intende conseguire attraverso la tutela giurisdizionale, nell'ipotesi di illegittimo diniego di aggiudicazione". Secondo un ultimo orientamento, le clausole del bando erano tutte autonomamente impugnabili in quanto comunque incidenti sul successivo svolgimento della procedura concorsuale. Anche tale orientamento, tuttavia, viene disatteso dalla sentenza n. 1/2003 che osserva che tale circostanza non implica di per sé che tali clausole producano una lesione diretta e immediata dell'interesse protetto, senza necessità di attendere gli atti di gara che di tali clausole facciano applicazione. Né, aggiunge il Collegio *“vale a fondare un diverso avviso la circostanza che con le clausole del bando l'Amministrazione provveda a predeterminare la propria discrezionalità, sicché, rispetto ad essa, la successiva attività procedimentale apparirebbe come vincolata. Tale circostanza non esclude, peraltro, sia che nello svolgimento della gara l'Amministrazione debba operare, in applicazione delle clausole del bando, accertamenti e valutazioni, sicché solo in esito a questi e con riferimento ad essi si manifesta ed opera effettivamente l'astratta capacità lesiva della clausola; sia il fatto che, comunque, la lesività delle clausole del bando, ove effettivamente ravvisabile prima ancora dell'applicazione, appare al più meramente potenziale ed in quanto tale, non idonea a fondare l'onere di immediata impugnazione”*.

La soluzione proposta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è stata unanimemente condivisa dai giudici amministrativi. La pronuncia indicata in epigrafe si pone sul solco di tale orientamento. In essa il Consiglio di Stato ribadisce: *“... le condizioni che impongono la necessità della impugnazione immediata del bando vanno ravvisate nella sussistenza di prescrizioni preclusive la partecipazione dell'aspirante (ex multis: Cons. Stato, V, 7 novembre 2007, n. 5776). In tale ipotesi, infatti, la lesione è immediata e non avrebbe senso alcuno imporre di attendere i successivi sviluppi della selezione... Occorre rammentare che l'impugnazione immediata degli atti di gara è ammissibile e necessaria solo se (e nei limiti in cui) gli atti del procedimento producano un pregiudizio immediato, come nel caso dell'impugnazione del bando di gara con riguardo alle clausole comportanti la certa esclusione dell'aspirante concorrente per carenza di requisiti di partecipazione, e non, invece, nel caso in cui le determinazioni assunte non siano produttive, di*

www.ildirittoamministrativo.it

per sé, di alcun pregiudizio certo ed immediato, ma solo eventuale, futuro e incerto, per il soggetto interessato (Cons. Stato, V, 8 settembre 2003, n. 5036)”.