



28 DICEMBRE 2022

Clausole escludenti e domanda di partecipazione. Per la serie: a volte (... legittimamente ...) ritornano

di Daniele Marrama

Professore associato di Diritto amministrativo
Università degli studi di Napoli Federico II

Clausole escludenti e domanda di partecipazione. Per la serie: a volte (... legittimamente ...) ritornano*

di **Daniele Marrama**

Professore associato di Diritto amministrativo
Università degli studi di Napoli Federico II

Abstract [It]: Anche se le clausole escludenti negli appalti pubblici e nei concorsi non sono tutte uguali (solo alcune tra di esse, infatti, rendono in radice impossibile elaborazione e presentazione di una domanda di partecipazione) il trattamento loro riservato dalla giurisprudenza amministrativa è sostanzialmente uniforme. Il tale ottica forse ha ecceduto il giudice amministrativo nel momento in cui ha iniziato a sostenere che sempre, in presenza di clausole escludenti di qualsiasi tipo, il bando può essere contestato senza dover prima presentare la domanda di partecipazione.

Title: Exclusionary clauses and application. Sometimes (... legitimately ...) they come back

Abstract [En]: Even if in public tenders and competitions the excluding clauses are not all the same (only some of them, in fact, make it impossible to process and submit an application to participate) the treatment reserved for them by administrative jurisprudence is substantially uniform.

In this perspective, perhaps the administrative judge exceeded the moment in which he began to believe that always, in presence of any type of exclusion clauses, the competition notice can be contested without having to first submit one's application for participation.

Parole chiave: clausole escludenti, bando, domanda di partecipazione, interesse legittimo strumentale

Keywords: exclusion clauses, tender/competition notice, application for participation, instrumental legitimate interest

Sommario: 1. Le clausole escludenti. 2. I pronunciamenti cautelari del giudice. 3. Spigolature su alcuni caratteri dell'interesse legittimo pretensivo e sul significato dell'espressione interesse strumentale. 4. Impossibilità di desumere l'esistenza di interesse legittimo pretensivo dalla circostanza che un interesse semplice può, in via teorica, trovare soddisfazione anche risarcitoria nel processo amministrativo. 5. Possibili effetti pregiudizievoli di una tutela cautelare pur ispirata all'effettività. 6. Ruolo della domanda di partecipazione e doverosa graduazione delle richieste di giustizia.

1. Le clausole escludenti

Il regime delle clausole illegittimamente preclusive della partecipazione a pubblici concorsi ed alle procedure di gara bandite dalle pubbliche Amministrazioni (e dai soggetti privati che sul punto devono operare quasi come se fossero pubbliche Amministrazioni) – nonostante la sua oggettiva specificità - è ormai un tema classico per gli interpreti del diritto amministrativo.¹

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Sul quale – senza velleità di esaustività - è possibile vedere: D. VAIANO “L'onere dell'immediata impugnazione del bando e della successiva partecipazione alla gara tra legittimazione ad agire ed interesse a ricorrere” in *Dir. proc. amm.*, 2003, pp. 693 e ss; G. VELTRI “Immediata impugnazione dei bandi di gara: regole, eccezioni, fermenti giurisprudenziali”, in *Giur. it.*, 2012, pp. 265 e ss. e

Si tratta di singole prescrizioni contenute in un bando di concorso piuttosto che in uno dei documenti che vanno a formare la *lex specialis* di una procedura concorrenziale, le quali hanno l'effetto di precludere illegittimamente ed in maniera certa ad un individuo o ad un operatore economico (o addirittura ad un'intera categoria di individui o di operatori economici) la possibilità di prendere fruttuosamente parte ad una procedura ad evidenza pubblica rispetto alla quale i predetti soggetti ritengono, nella sostanza, di disporre delle caratteristiche adeguate per poter utilmente concorrere.

E' noto come l'esistenza di prescrizioni di questo tipo costituisca la sola ipotesi che permette (in verità impone) di contestare autonomamente l'atto che le contiene (o sue singole disposizioni) entro un termine decadenziale decorrente dalla sua pubblicazione, derogando in tal modo alla regola generale in virtù della quale - per il principio della c.d. "*impugnazione differita*" - le prescrizioni della *lex specialis*, ordinariamente, devono essere necessariamente contestate insieme agli atti consequenziali che ad esse danno applicazione.²

Anche se in determinati casi la contestazione entro un termine decadenziale stringato (60 giorni per i concorsi) o addirittura stringatissimo (30 giorni per le procedure di gara) che decorre dalla pubblicazione dell'atto generale può rivelarsi oggettivamente difficoltoso ed impegnativo per il potenziale concorrente, la predetta deroga - con ogni probabilità - risponde ad esigenze di effettività di tutela.³

Nel periodo immediatamente successivo all'introduzione di questo importante principio derogatorio - in entrambi gli ambiti qui di interesse (pubblici concorsi e procedure di gara) - la questione è rimasta

A. BERTI SUMAN "L'immediata impugnazione delle clausole del bando di gara e il ruolo dell'interesse strumentale nel (nuovo) contenzioso appalti", in www.giustizia-amministrativa.it; M.A. SANDULLI "Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici", *Federalismi.it*, n. 15/2016; R. CASINI, G. GAGLIARDINI, B. BIANCARDI "L'onere di immediata impugnazione del bando e la necessità (o meno) di partecipare alla gara: dall'Adunanza plenaria n. 1/2003 ai recenti sviluppi giurisprudenziali", in *Federalismi.it*, n. 4/2018.

² L'ipotesi derogatoria si è andata consolidando a partire da alcune pronunce pionieristiche. Per quanto riguarda i concorsi, si veda C.d.S., Sez. V, sent. n. 589 del 03.10.1989: "Le disposizioni di un bando di concorso ritenute lesive da parte di un candidato devono essere impugnate nel termine di decadenza stabilito dalla legge. Pertanto l'impugnazione di tali disposizioni avanzate in sede di ricorso proposto contro l'esclusione dal concorso, deve ritenersi irricevibile ove intervenuta fuori termine (nella specie la ricorrente esclusa dalla partecipazione al concorso a causa del superamento del limite massimo di età previsto dalla legge, aveva censurato, tardivamente, il bando nella parte in cui non aveva previsto un'aliquota di posti da riservare alle categorie protette)."; per quanto attiene, invece, alle procedure di gara, si veda C.d.S., Sez. V, sent. n. 5602 del 24.10.2001: "Le prescrizioni generali di gara (lettera di invito) che incidono direttamente sulle posizioni dei concorrenti - in particolare ai fini della loro partecipazione - sono immediatamente ed autonomamente lesive e devono essere impugnate nel termine di rito, decorrente dal momento della loro conoscenza, senza attendere il conseguente atto di esclusione. L'impugnazione di dette prescrizioni potrà semmai essere differita al momento dell'impugnazione del provvedimento di esclusione solo quando la clausola del bando è ambigua e tale da prestarsi a differenti interpretazioni da parte dell'amministrazione in sede di ammissione degli aspiranti alla procedura concorsuale." Sulla regola generale si veda, naturalmente: C.d.S., Adunanza Plenaria n. 1 del 29.01.2003.

³ In presenza di clausole escludenti, la necessità di contestare in via immediata il bando si relaziona alla volontà di soddisfare nel modo più efficace, rapido e diretto l'interesse al bene della vita che è alla base degli interessi legittimi pretensivi (il desiderio di aggiudicazione), cercando di impedire che la sua soddisfazione possa risultare negativamente condizionata a causa della prosecuzione della vicenda procedimentale.

confinata nella ristretta cerchia di prescrizioni della *lex specialis* il cui effetto escludente risultava immediatamente evidente in tutta la sua illegittimità.⁴

In un secondo momento, la giustizia amministrativa si è meritoriamente sobbarcata l'onere di estendere significativamente il concetto di clausola immediatamente escludente in maniera tale da ricomprendere in esso le multiformi modalità con le quali – in concreto ed illegittimamente – le Amministrazioni finivano per circoscrivere eccessivamente (ovvero per azzerare del tutto) il novero dei possibili concorrenti.⁵

Nonostante l'apprezzabile ed oggettivo incremento del livello di tutela del privato derivante dall'anzidetta tendenza ampliativa, va – sin da subito – evidenziato come quest'ultima abbia, altresì, determinato un'inopportuna confluenza in un unitario concetto di clausola immediatamente lesiva di situazioni molto differenti tra loro, anche con riferimento alla misura ed ai caratteri del loro effetto invalidante.

Ad ogni modo - nel settore degli appalti – rispetto alla problematica di cui si discorre, accanto a queste primigenie interpretazioni estensive si sono, altresì, verificate spinte “avanguardiste”, contraddistinte dalla convinzione che si dovessero contestare in via autonoma ed immediata anche le prescrizioni della *lex*

⁴ Per un esempio delle caratteristiche dell'orientamento originario del giudice amministrativo in tema di clausole restrittive della partecipazione si vedano, in materia di concorsi: C.d.S., Sez. IV, sent. n. 577 del 06.05.1996: “*Il partecipante ad un concorso a pubblici impieghi, una volta che con la presentazione della domanda di partecipazione alla procedura selettiva ha assunto un interesse qualificato e differenziato, ha l'onere di insorgere immediatamente contro il bando e di chiederne il parziale annullamento, qualora il bando contenga una clausola che determina la sua inevitabile esclusione.*” ed in materia di appalti: C.d.S., Sez. V, sent. n. 6531 del 23.12.2008: “*È illegittima la clausola del bando di gara indetta per l'affidamento del servizio di parcheggio pubblico, che richiede come requisito di ammissione alla procedura selettiva l'iscrizione all'albo dei soggetti abilitati all'attività liquidatoria e di accertamento dei tributi e delle entrate dei comuni e delle province istituito presso il Ministero dell'economia e delle finanze, giacché i proventi derivanti dal pagamento della sosta non sono configurabili come entrate pubbliche e l'attività di esazione, gestione del servizio e accertamento delle violazioni non costituisce attività di accertamento o di liquidazione di entrate pubbliche.*”

⁵ In tema di appalti e concessioni sono state progressivamente considerate alla stregua di clausole immediatamente escludenti: a) le clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (si veda C.d.S., Sez. IV, sent. n. 5671 del 07.11.2012); b) le regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (così l'Adunanza plenaria n. 3 del 2001); c) le 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. C.d.S., Sez. V, sent. n. 980 del 24.02.2003); d) le condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. C.d.S., Sez. V, sent. n. 6135 del 21.11.2011; C.d.S., Sez. III, sent. n. 293 del 23.01.2015; C.d.S., Sez. IV, sent. n. 1474 del 02.03.2022); e) le clausole impositive di obblighi *contra ius* (es. cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto: C.d.S., Sez. IV, sent. n. 5671 del 07.11.2012); f) i 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) gli atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso" (cfr. C.d.S., Sez. III, sent. n. 5421 del 03.10.2011). Meno strutturato il fenomeno ampliativo con riferimento ai concorsi pubblici. Sono state progressivamente considerate alla stregua di clausole immediatamente escludenti le clausole del bando che: a) rinviavano ad un atto successivo l'individuazione delle materie oggetto di una prova scritta teorico-pratica a risposta multipla (C.d.S., Sez. VI, sent. n. 177 del 13.01.2011); b) imponevano oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (C.d.S., Sez. V, sent. n. 4274 del 14.07.2011).

specialis potenzialmente illegittime, ma in alcun modo impeditive della partecipazione (una fra tutte quella relativa alla scelta del sistema di individuazione della miglior offerta).⁶

Analogamente – nel medesimo ambito, ma più di recente – si sono riscontrate anche posizioni del tutto “antagoniste” rispetto all’allargamento al quale si è appena fatto riferimento; convincimenti in virtù dei quali le prescrizioni della *lex specialis* non dovrebbero mai costituire oggetto di autonoma impugnazione in quanto, a ben vedere, non potrebbero mai rappresentare l’oggetto del giudizio innanzi al giudice amministrativo.⁷

Ciò non di meno – a prescindere dalle anzidette pulsioni avanguardiste o antagoniste – da tempo ormai, il Consiglio di Stato, con riferimento ad entrambi gli ambiti dei quali si discorre, sembra convintamente orientato verso l’idea che solo le clausole direttamente impeditive della partecipazione (ma nella versione estesa che di esse ha dato sin qui la sua giurisprudenza) debbano essere contestate in via immediata ed autonoma.⁸

⁶Tentativi di allargare la categoria delle clausole che devono essere impugate immediatamente erano stati già esperiti dalla VI Sezione del Consiglio di Stato con le ordinanze di rimessione nn. 351 del 2011, 2633 del 2012 e 634 del 2013. La Plenaria non si era dimostrata incline a dare ascolto a tali sollecitazioni. Alcuni anni più tardi – con ordinanza collegiale n. 5138 del 2017 – la III Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all’Adunanza Plenaria la decisione delle seguenti questioni: a) se, avuto anche riguardo al mutato quadro ordinamentale, i principi espressi dall’Adunanza plenaria n. 1/2003 possano essere ulteriormente precisati nel senso che l’onere di impugnazione immediata del bando sussista anche per il caso di erronea adozione del criterio del prezzo più basso, in luogo di quello del miglior rapporto tra qualità e prezzo; b) se l’onere di immediata impugnazione del bando possa affermarsi più in generale per tutte le clausole attinenti alle regole formali e sostanziali di svolgimento della procedura di gara, nonché con riferimento agli altri atti concernenti le fasi della procedura precedenti l’aggiudicazione, con la sola eccezione delle prescrizioni generiche e incerte, il cui tenore eventualmente lesivo è destinato a disvelarsi solo con i provvedimenti attuativi; c) se, nel caso in cui l’Adunanza plenaria affermi innovativamente il principio dell’immediata impugnazione delle clausole del bando di gara riguardanti la definizione del criterio di aggiudicazione, e individui, eventualmente, ulteriori ipotesi in cui sussiste l’onere di immediata impugnazione di atti della procedura precedenti l’aggiudicazione, la nuova regola interpretativa si applichi, alternativamente: I) con immediatezza, anche ai giudizi in corso, indipendentemente dall’epoca di indizione della gara; II) alle sole gare soggette alla disciplina del nuovo codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50/2016; III) ai soli giudizi proposti dopo la pubblicazione della sentenza dell’Adunanza plenaria, in conformità alle regole generali dell’errore scusabile e dell’irretroattività dei mutamenti di giurisprudenza incidenti sul diritto vivente (secondo i principi dell’*overruling*); d) se, nel caso di contestazione del criterio di aggiudicazione o, in generale, dell’impugnazione di atti della procedura immediatamente lesivi, sia necessario, ai fini della legittimazione a ricorrere, che l’operatore economico abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura, ovvero sia sufficiente la dimostrazione della qualità di operatore economico del settore, in possesso dei requisiti generali necessari per partecipare alla selezione. Prima dell’ordinanza di remissione, la medesima Sezione del Consiglio di Stato – con sentenza n. 2014 del 02.05.2017 aveva affermato la necessità di estendere l’onere di immediata impugnazione anche alle clausole del bando che – illegittimamente – prevedevano come strumento per l’individuazione della migliore offerta il criterio del prezzo più basso in luogo di quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa. Come è a tutti noto, l’Adunanza Plenaria ha preso posizione sui quesiti sottopostigli dalla predetta ordinanza di rimessione con la sentenza n. 4 del 26.04.2018.

⁷ Per le ipotesi definite antagoniste si veda L. BERTONAZZI “*Notarelle originali in tema di impugnazione dei bandi*”, in *Dir. Proc. Amm.*, 2019, pp. 959 e ss.

⁸ Al riguardo, con riferimento alle gare di appalto e concessione: C.d.S., Sez. III, sent. n. 8584 del 24.12.2021: “*Devono considerarsi clausole immediatamente escludenti del bando, comportanti l’onere della immediata impugnazione di questo, solo quelle che con assoluta e oggettiva certezza incidono direttamente sull’interesse delle imprese in quanto precludono, per ragioni oggettive e non di normale alea contrattuale, un’utile partecipazione alla gara a un operatore economico.*”. Rispetto, invece, all’ambito dei concorsi pubblici: C.d.S., Sez. IV, sent. n. 6355 del 20.10.2020: “*Il bando di gara o di concorso o la lettera d’invito, normalmente impugnabili con l’atto applicativo, conclusivo del procedimento concorsuale, devono considerarsi immediatamente impugnabili allorché contengano clausole impeditive*

Orbene, nel prosieguo verrà alla luce come non tutte le clausole immediatamente escludenti identificate come tali dalla giurisprudenza del giudice amministrativo siano uguali ed incidano allo stesso modo sulla possibilità di prendere parte al confronto concorrenziale.

Ciò posto, va altresì rilevato che quella della necessità di impugnare le prescrizioni del bando preclusivo della partecipazione nel termine decadenziale decorrente dalla loro conoscibilità (su cui, evidentemente, si ritornerà nel seguito) non è l'unica eccezione rispetto ai principi generali in materia processuale che è stata introdotta in via pretoria in ragione della sussistenza di clausole illegittimamente limitative della concorrenza; come ampiamente noto, infatti, in presenza di queste ultime si registra anche una deroga al principio secondo il quale - per poter contestare il contenuto di un bando - è di regola necessario aver presentato rituale domanda di partecipazione.⁹

Sul punto, il quadro non è stato questo sin dall'origine. Si sa, infatti, che all'inizio del terzo millennio, il vertice della giustizia amministrativa riteneva ancora che esclusivamente i soggetti che avessero prodotto una previa domanda di partecipazione avrebbero potuto censurare innanzi al giudice amministrativo le clausole che impedivano la loro partecipazione al confronto concorrenziale.¹⁰

Una posizione che, di primo acchito, poteva apparire come un potenziale corto circuito logico; se un bando conteneva requisiti che, secondo un soggetto, gli precludevano illegittimamente la partecipazione, il soggetto in questione - per poter contestare in via giurisdizionale le clausole impeditive - avrebbe comunque dovuto necessariamente prima presentare una domanda di partecipazione che poteva sembrare nascere già morta.

dell'ammissione dell'interessato alla selezione; in tale ipotesi, infatti, dette clausole, precludendo esse stesse la partecipazione dell'interessato alla procedura concorsuale, appaiono idonee a generare una lesione immediata, diretta ed attuale nella situazione soggettiva dell'interessato ed a suscitare, di conseguenza, un interesse immediato all'impugnazione, dal momento che questo sorge al momento della lesione." Tali posizioni trovano evidentemente origine in quanto affermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2018.

⁹ La presentazione della domanda di partecipazione viene considerata non necessaria anche nell'ipotesi in cui il ricorrente contesti un affidamento diretto senza previo confronto concorrenziale ovvero allorquando viene contestato proprio l'avvio di una procedura di confronto di tale tipologia. Su tali aspetti si veda anche Corte Costituzionale sent. n. 245 del 25.02.2014.

¹⁰ Per quanto riguarda l'ambito dei pubblici concorsi: C.d.S., Sez. V, sent. n. 3264 del 20.06.2001: *"La clausola di bando che precluda la partecipazione ad un soggetto che aspiri a partecipare alla relativa procedura concorsuale è ex se lesiva ed onera l'interessato ad impugnarla immediatamente, a nulla rilevando l'eventuale adozione del provvedimento di esclusione in quanto l'interesse alla impugnazione sorge al momento della lesione. Comunque, poiché il soggetto che non ha presentato domanda di partecipazione non ha interesse ad impugnare la clausola del bando, 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.*" Sul fronte delle procedure di gara, invece, tra le tantissime: C.d.S., Sez. V, sent. n. 6018 del 03.12.2001: *"Fermo il principio dell'immediata impugnabilità del bando di gara quando contenga prescrizioni preclusive della partecipazione di determinati soggetti, aventi in astratto titolo per parteciparvi, presupposto necessario per l'impugnazione è, comunque, che il soggetto privo di quei requisiti abbia presentato domanda di ammissione alla procedura di gara.*" pubblicata in Giust. civ., fasc. 3, 2002, pag. 828 e ss., con nota di G. MARI *"Domanda di partecipazione alla gara come presupposto per l'impugnazione del bando ed effetti dell'invalidità degli atti di gara sul contratto stipulato e in corso di esecuzione"*. Cons. giust. amm. Sicilia, Sez. giurisd., sent. n. 572 del 03.11.1999: *"Restando fermo il principio per cui le condizioni di un bando di gara, o in genere di una procedura concorsuale, che stabiliscono requisiti per la partecipazione, sono impugnabili immediatamente, senza aspettare il risultato della gara o del concorso stesso, da parte del partecipante che non ha quei requisiti, il presupposto perché il candidato medesimo possa impugnare il relativo provvedimento, è l'aver presentato la domanda di partecipazione."*

Ciò non di meno, il vertice della giustizia amministrativa sul punto sembrava inamovibile tanto che la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 2003 – con riferimento all'ambito delle procedure di gara - sentì l'obbligo di evidenziare che, in casi del genere, la previa presentazione della domanda di partecipazione non avrebbe dovuto essere considerata come acquiescenza e, evidentemente, non avrebbe avuto l'effetto di precludere (del resto, sarebbe stato veramente il colmo) la proposizione del ricorso all'operatore economico che avrebbe comunque dovuto necessariamente presentarla.¹¹

La medesima esigenza venne avvertita anche rispetto al settore dei concorsi pubblici.¹²

Tanto rispetto al comparto concorsi quanto all'ambito delle procedure di gara, nel ragionamento del giudice, la domanda di partecipazione avrebbe rappresentato lo strumento utile ad identificare la differenziazione della posizione del soggetto direttamente inciso dalla presunta illegittimità del bando rispetto a quella di coloro che, senza partecipare alla procedura concorsuale, avessero invocato la tutela di un generico interesse alla legittimità della procedura.¹³

¹¹ C.d.S., Ad. Pl., sent. n. 1 del 29.01.2003: *“Il bando di gara o di concorso, o la lettera di invito, normalmente impugnabili con l'atto applicativo, conclusivo del procedimento concorsuale, devono, tuttavia, essere considerati immediatamente impugnabili allorché contengano clausole impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione, con la conseguenza che la partecipazione alla gara e la presentazione della domanda non costituiscono acquiescenza e non impediscono la proposizione di un eventuale gravame.”*. La sentenza della Plenaria venne ampiamente commentata con specifiche note. Tra le tante, si possono vedere: P. PIZZA *“L'Adunanza plenaria e l'impugnazione diretta dei bandi.”*, in Foro amm. C.d.S., fasc.1, 2003, pp. 79 e ss.; G. MARI *“L'impugnazione dei bandi di gara: due recenti decisioni dell'Adunanza Plenaria e della Corte di giustizia”*, in Riv. giur. ed., fasc.4, 2003, pp. 1046 e ss. Nel settore dei concorsi pubblici non era raro imbattersi in pronunce che affermavano che la presentazione della domanda di partecipazione avrebbe rappresentato un'acquiescenza rispetto al bando di concorso: T.A.R. Sicilia, Pa, sent. n. 294 del 27.03.1987: *“Costituisce acquiescenza al provvedimento che bandisce un concorso, la domanda di partecipazione ad esso, senza riserve, e l'avervi preso parte attivamente, che si sostanziano in un comportamento univoco e concordante di rinuncia all'impugnazione.”*

¹² C.d.S., Sez. V, sent. n. 3753 del 12.06.2009: *“L'acquiescenza ad un provvedimento amministrativo sussiste solo nel caso in cui gli atti o i comportamenti del destinatario dimostrino inequivocabilmente la sua volontà di accettarne gli effetti, rinunciando a far valere eventuali motivi di impugnativa, che è situazione che non ricorre nel caso di partecipazione ad una procedura concorsuale in pendenza del termine per impugnare il relativo bando, potendo detta partecipazione essere ispirata dall'intento di evitare un contenzioso inutile, nel caso di esito favorevole della procedura, e comunque costituendo la domanda di partecipazione al concorso requisito necessario per impugnarne eventualmente il risultato.”*

¹³ Relativamente all'ambito dei pubblici concorsi, si può rivedere, C.d.S., Sez. V, sent. n. 3264 del 20.06.2001: *“La clausola di bando che precluda la partecipazione ad un soggetto che aspiri a partecipare alla relativa procedura concorsuale è ex se lesiva ed onera l'interessato ad impugnarla immediatamente, a nulla rilevando l'eventuale adozione del provvedimento di esclusione in quanto l'interesse alla impugnazione sorge al momento della lesione. Comunque, poiché il soggetto che non ha presentato domanda di partecipazione non ha interesse ad impugnare la clausola del bando, 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.”*. Rispetto, invece, al settore delle gare pubbliche, si veda ancora: C.d.S., Ad. Pl., sent. n. 1 del 29.01.2003: *“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 dal bando.”*. Nonché, leggermente oltranzista: T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, sent. n. 1044 del 06.05.2004: *“La presentazione della domanda di partecipazione alla gara costituisce requisito indispensabile per abilitare all'azione di annullamento l'impresa interessata a contestare la "lex specialis", poiché fa del soggetto che ha provveduto a tale adempimento un destinatario identificato, direttamente inciso dal bando, evidenziando l'interesse concreto all'impugnazione. Tale onere è infatti determinato dall'esigenza che l'interesse del soggetto ricorrente risulti munito dei necessari requisiti di differenziazione, concretezza e personalità, mediante l'individuazione, nell'ambito indistinto dei soggetti potenzialmente interessati a concorrere all'aggiudicazione di un appalto pubblico (ambito astrattamente coincidente con tutte le imprese operanti nel settore cui quest'ultimo, in relazione al suo oggetto specifico, si riferisce), di quelle posizioni di interesse correlate alla procedura di aggiudicazione da un nesso tangibile e concreto, nesso che la presentazione dell'istanza di partecipazione è appunto destinata a fare emergere, mediante il conferimento in capo al soggetto offerente dello "status" di*

Per buona parte della dottrina,¹⁴ se questo era il fine dell'imposizione dell'obbligo di presentare comunque la più volte richiamata domanda di partecipazione (e parliamo sempre di quella che sembrava nascere morta), il giudice – in un processo a carattere soggettivo - stava impiegando la contraerea per eliminare un moscerino. A detta di tali interpreti, infatti, la presentazione di un'istanza considerata del tutto priva della possibilità di produrre un effetto utile costituiva per il soggetto pretermesso un passaggio difficilmente comprensibile e, a volte, anche particolarmente gravoso, finendo per rappresentare una pregiudiziale illogica ed irragionevole.

Un po' troppo a fronte della semplice necessità di tenere distinto un interesse meritevole di tutela da un interesse non giustiziabile.

Come più innanzi vedremo, può essere, però, che gli studiosi in questione non abbiano tenuto adeguatamente in considerazione che la domanda di partecipazione, in realtà, non nasce morta con riferimento ad ogni tipo di clausola considerata escludente.

Ad ogni modo, a partire dal 2017, il Consiglio di Stato (anche tenendo presente le posizioni di quella parte della giurisprudenza che non era mai stata d'accordo sulla necessità di presentare sempre e comunque la domanda di partecipazione)¹⁵ si ricredette e generalizzò la non necessarietà della domanda di partecipazione in presenza della contestazione di clausole preclusive della partecipazione avanzata da un operatore del settore.¹⁶

Ma questa ormai sembra essere storia anche se, di recente – nel settore dei pubblici appalti - il Consiglio di Stato è tornato ad affermare che, nei casi ai quali si è già fatto più volte riferimento, la semplice circostanza di essere un operatore economico del settore, da sola, non basterebbe a differenziare in

partecipante alla gara. L'adempimento in discorso, quindi risulta esigibile anche in quelle occasioni in cui l'effetto lesivo riguardi l'interesse a partecipare all'aggiudicazione di un appalto a condizioni remunerative, intaccato dalla fissazione quale base d'asta di un prezzo non conforme ai costi che l'affidatario sarà inderogabilmente destinato a sopportare, non essendo sufficiente a qualificare l'interesse a ricorrere né l'invio di missive finalizzate a sollecitare l'intervento in autotutela, né la mera proposizione del ricorso giurisdizionale.”

¹⁴ Anche chi scrive, sino a poco tempo fa, ha sempre espresso critiche severe al predetto orientamento del giudice amministrativo. Sia consentito il richiamo a D. MARRAMA “*Le pretese al restringimento della concorrenza*”, in corso di pubblicazione su Diritto e processo amministrativo, n. 4/2022.

¹⁵ T.A.R. Lazio, Lt, sent. n. 1178 del 29.12.1990: “*Le disposizioni di bando di concorso che stabiliscono determinati requisiti di ammissione sono immediatamente lesive dell'interesse legittimo del soggetto che aspiri a partecipare al concorso stesso e che ne sia privo il quale può e deve chiedere la tempestiva verifica in sede giurisdizionale senza che occorra la preventiva presentazione della domanda di partecipazione.*”. T.A.R. Lazio, Rm, Sez. II, sent. n. 1094 del 23.06.1998: “*Può essere autonomamente ed incondizionatamente impugnato un bando di gara o di concorso, le cui prescrizioni siano in modo assoluto preclusive della partecipazione di determinati soggetti, aventi in astratto titolo per parteciparvi. Ne consegue che non è necessaria, da parte del ricorrente, l'avvenuta presentazione della domanda di partecipazione, che sarebbe meramente formale, per impossibilità dell'aspirante concorrente a documentare o anche solo a dichiarare il possesso dei requisiti richiesti.*”.

¹⁶ C.d.S., Sez. V, sent. n. 5943 del 18.12.2017: “*Negli appalti pubblici la disciplina di gara deve essere immediatamente impugnata, in quanto direttamente ed autonomamente lesiva, allorché contenga clausole escludenti o prescrizioni che incidono sulla corretta e consapevole elaborazione dell'offerta o che impongano, ai fini della partecipazione, oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale; in tali casi la legittimazione ad impugnare spetta indipendentemente dalla presentazione della domanda di partecipazione alla procedura selettiva ex plurimis.*” Come già anticipato, questo orientamento è stato fatto proprio dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 2018.

maniera adeguata la situazione giuridica soggettiva del soggetto impossibilitato a partecipare ed a riconoscergli, pertanto, la necessaria legittimazione a ricorrere.¹⁷

Anche il giudice di prima istanza – seppur in maniera del tutto isolata – in determinati casi ha dimostrato di ritenere non sufficiente la semplice circostanza che il ricorrente sia un operatore del settore,¹⁸ in altri casi – invece – non si è fermato qui ma è addirittura giunto ad affermare (in maniera secondo me eccessiva) che l’interesse legittimo strumentale sarebbe riscontrabile solo nelle ipotesi in cui il ricorrente dimostri di possedere ragionevoli possibilità di conseguire in pieno il bene della vita aggiudicazione.¹⁹

La circostanza non appare, invero, casuale anche perché probabilmente sintomatica, da un lato, di una rinnovata percezione della necessità di far emergere la necessaria differenziazione della posizione del ricorrente e, dall’altro, del fatto che forse l’idea che quella domanda di partecipazione non avesse alcun senso di esistere poteva (come potrebbe) risultare effettivamente ragionevole rispetto ad alcune clausole restrittive, mentre poteva (come potrebbe) rivelarsi inappropriata con riferimento ad altre.

In effetti, non si dice niente di particolarmente originale nel momento in cui si afferma che il modo in cui le clausole escludenti che rendono oggettivamente impossibile in radice la formulazione di un’offerta o di una domanda di partecipazione e quelle che, per individuare l’entità della commessa, contengono formule matematiche del tutto errate inquinano la procedura in una maniera totalizzante e del tutto diversa (ed evidentemente più profonda) rispetto a quelle prescrizioni che, per esempio, sono considerate

¹⁷ C.d.S., Sez. V, sent. n. 5097 del 05.07.2021: “*Alla stregua dei principi generali enunciati da Cons. Stato, Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4, anche quando il ricorrente si trovi nella particolare situazione che, senza presentare la domanda di partecipazione alla gara, gli consente di impugnare preventivamente il bando di gara perché contenente clausole immediatamente escludenti, egli dovrà comunque avere e dimostrare di avere la titolarità della situazione legittimante al ricorso, sin dal momento della presentazione di questo. Siffatta situazione consiste in una posizione differenziata tale che, una volta depurata la legge di gara dalle clausole reputate illegittime, non ve ne siano altre, non impuguate, che gli impediscano comunque la legittima partecipazione alla stessa gara. Conseguentemente è indispensabile che l’interessato si faccia carico di un onere probatorio rafforzato preordinato allo specifico e pregiudiziale accertamento della sua legittimazione, che non è assolto con la sola deduzione della sua qualità di operatore del settore, ma che è necessario postuli l’esistenza di una chiara posizione giuridica qualificata e differenziata.*”

¹⁸ T.A.R. Liguria, Ge, Sez. II, sent. n. 521 del 10.06.2019: “*Quando il bando venga censurato anche per la violazione delle disposizioni che ne disciplinano le modalità di pubblicazione (facendosi valere l’interesse strumentale alla rinnovazione della gara), essendo necessario dimostrare che, qualora l’amministrazione avesse agito correttamente, il ricorrente avrebbe potuto prendere parte alla procedura, non è sufficiente dimostrare di essere un operatore del settore, ma occorre altresì dimostrare la decisiva circostanza di essere in possesso dei requisiti di partecipazione alla gara già bandita.*”

¹⁹ T.A.R. Lazio, Rm, sent. N. 3668 del 31.03.2022: “*L’interesse legittimo che viene in considerazione nelle controversie in materia di procedure di affidamento dei contratti pubblici, anche se è interesse di tipo strumentale (in quanto mirante, come nel caso di specie, alla riedizione della gara " ex novo "), è pur sempre un interesse di tipo "pretensivo", giacché non è la rimozione degli atti di gara a determinare la realizzazione soddisfattiva di detto interesse che, al contrario, continuerebbe a rimanere frustrato ove alla caducazione della gara non conseguia la rinnovazione della procedura comparativa nella quale l’impresa interessata vede risorgere le proprie possibilità di aggiudicazione. Da ciò consegue che l’interesse al ricorso resta logicamente escluso quando sia strumentale alla definizione di questioni correlate a situazioni future e incerte, perché meramente ipotetiche; sicché in tale frangente la pretesa ostesa in giudizio si rivela per quello che è, ovvero, una mera speranza al riesercizio futuro ed eventuale del potere amministrativo, inidonea a configurare l’interesse ad agire. L’interesse strumentale alla caducazione dell’intera gara e alla sua riedizione assume, quindi, consistenza solo a condizione che sussistano in concreto ragionevoli possibilità di ottenere l’utilità richiesta; esso deve cioè aderire in modo rigoroso e con carattere di immediatezza e di attualità all’oggetto del giudizio.*”

escludenti perché prescrivono ai fini della partecipazione circoscritti adempimenti illegittimi ovvero requisiti manifestamente sproporzionati.

Le prime precludono in radice ed in via assoluta la possibilità per il potenziale concorrente o per l'operatore economico di elaborare e presentare una domanda di partecipazione, le seconde, invece, pur costituendo – in quel determinato momento – un impedimento rispetto alla possibilità di partecipare in maniera potenzialmente fruttuosa al confronto, non pregiudicano alla fonte la possibilità concreta di definire e presentare l'istanza di partecipazione.

A tacer d'altro, mentre a seguito dell'eventuale annullamento delle prime è sempre necessario un intervento rinnovatore dell'Amministrazione soccombente che vada ad integrare il bando con riferimento solo a quelle sue parti eliminate in via giurisdizionale, tale intervento non serve a seguito dell'annullamento delle seconde.

La differenza – come si cercherà di evidenziare – non è di poco momento. Per ora si può anticipare che, forse, il considerare indistintamente non necessaria la domanda di partecipazione con riferimento a tutte le differenti situazioni caratterizzate dalla presenza di una qualsiasi clausola illegittimamente preclusiva della partecipazione potrebbe risultare fallace, eccessivo ed inadeguato.

Una vicenda da poco portata all'attenzione del T.A.R. Puglia mi ha offerto l'occasione per riflettere su queste tematiche.

2. I pronunciamenti cautelari del giudice

Recentemente, un operatore economico attivo nel settore della gestione del servizio di parcheggio non custodito su aree comunali (le famigerate strisce blu) si è imbattuto in un bando di gara (per l'affidamento del medesimo servizio) pubblicato da un Comune pugliese che conteneva un requisito di partecipazione certamente illegittimo (anche se non di quelli per c.d. maggiormente invalidanti) che, nei fatti, gli precludeva la possibilità di concorrere fruttuosamente.²⁰

Al momento non è rilevante sapere (anzi potrebbe risultare sinanche sviante e, del resto, chi scrive non sa) se, in assenza di quel requisito preclusivo illegittimo, il predetto operatore economico avrebbe effettivamente presentato la sua domanda di partecipazione. Sta di fatto che, fino a quel momento, non lo aveva fatto e - in virtù della domanda che avrebbe di lì a poco avanzato davanti al giudice amministrativo - non si era assolutamente impegnato a preparare tutta la documentazione necessaria per la partecipazione.

²⁰ L'art. 19 del disciplinare di gara e l'art. 14 del c.s.a. prescrivevano che ogni operatore economico – nel redigere l'offerta economica – oltre alla dichiarazione relativa al ribasso offerto, avrebbe dovuto produrre anche: un "*piano economico finanziario asseverato*" ed una "*dichiarazione sottoscritta da almeno un istituto finanziatore di manifestare interesse a finanziare l'operazione anche in considerazione dei contenuti della relazione tecnica illustrativa e il piano delle tariffe*".

Al soggetto in questione, infatti, l'ordinamento processualistico conferiva tacitamente sia la possibilità di chiedere l'annullamento della sola disposizione preclusiva illegittima sia la facoltà di chiedere l'annullamento dell'intera procedura.

Con ricorso notificato entro il termine decadenziale di trenta giorni dalla pubblicazione del bando, l'operatore economico ha chiesto al TAR Puglia l'annullamento dell'intera procedura in un momento in cui, tra l'altro, erano ancora assolutamente aperti i termini per presentare un'eventuale domanda di partecipazione.

Oltre ad un'istanza relativa a misure cautelari da disporsi in camera di consiglio, al ricorso era, altresì, allegata una domanda di decreto cautelare urgente, emanabile anche *inaudita altera parte*.

Orbene, con un primo decreto cautelare, la prima Sezione del TAR Puglia (dando l'impressione di non tenere nella debita considerazione la circostanza che la richiesta di giustizia era finalizzata ad ottenere l'annullamento dell'intera procedura) – visto che nel ricorso venivano contestati alcuni requisiti di ammissione potenzialmente irragionevoli e che era ancora pendente il termine per presentare una domanda di partecipazione (che sarebbe scaduto dopo soli tre giorni) – ha stabilito che l'operatore economico avrebbe comunque potuto produrre la sua domanda di partecipazione come se quei requisiti non fossero esistiti.²¹

Nei fatti non si può dire che il predetto decreto sia stato pronunciato in accoglimento della domanda cautelare “super urgente” in quanto la possibilità di produrre comunque la sua istanza di partecipazione non era stata richiesta dal ricorrente.

Tra l'altro, nel decidere in tal senso, l'estensore del decreto probabilmente non ha considerato che il ricorrente sino a quel momento – in considerazione del fatto che la domanda di giustizia su cui confidava era volta ad ottenere l'annullamento dell'intera procedura – non si era dedicato con l'attenzione necessaria alla preparazione della documentazione di gara e, pertanto, in maniera forse un pò irragionevole, non ha disposto uno slittamento (eventualmente anche solo *ad personam*)²² del termine per presentare le offerte.

Rispetto alle semplici considerazioni che si intende proporre in questo breve scritto la narrazione della vicenda potrebbe anche chiudersi qui; in questi semplici passaggi risiede, infatti, il fulcro di tutte le riflessioni che si cercherà di avanzare. Pertanto, il prosieguo della vicissitudine giurisdizionale potrebbe,

²¹ T.A.R. Puglia, Sez. I, decreto presidenziale n. 190 del 02.05.2022: “Considerato che: la predetta istanza è motivata dalla presenza nel disciplinare e nel capitolato di appalto di una clausola ritenuta immediatamente escludente – che impedirebbe la formulazione dell'offerta tecnica entro il prescritto termine del 6 maggio p.v. – in quanto prevede la presentazione, a pena di esclusione, di un “piano economico finanziario asseverato” da un istituto di credito e di una “dichiarazione sottoscritta da almeno un istituto finanziatore di manifestare interesse a finanziare l'operazione anche in considerazione dei contenuti della relazione tecnica illustrativa e il piano delle tariffe”, requisiti che la ricorrente assume, oltre che illegittimi, di non aver potuto comunque acquisire in tempo utile; Al pregiudizio lamentato può evitarsi – tenuto conto della pretesa di parte e della natura dei predetti requisiti, incidente ex se non sull'entità dell'offerta bensì sulle modalità della sua presentazione – autorizzando la presentazione dell'offerta tecnica a prescindere dai ripetuti contestati requisiti.

²² Alcuni giudici amministrativi fanno ancora una certa fatica a prendere le misure con l'atipicità degli strumenti cautelari a loro disposizione.

in ipotesi, anche essere omesso; ciò non di meno, si è deciso di proporlo ugualmente in quanto, di fatto, (nonostante la non completa divisibilità di alcuni passaggi e forse in maniera addirittura inconsapevole) rappresenta una cartina al tornasole della ferma e divisibile volontà del giudice amministrativo di concedere tutela costitutiva e risarcitoria esclusivamente a soggetti che dimostrino di “meritare” in concreto tali tutele in quanto effettivamente titolari di interessi legittimi maltrattati dall’attività amministrativa.

Ad ogni modo – com’era prevedibile - il decreto ha colto di sorpresa l’operatore economico che (come già anticipato), in virtù del modo in cui aveva articolato la sua domanda di giustizia, tutto avrebbe immaginato salvo che il giudice della cautela lo abilitasse a presentare in zona Cesarini la domanda di partecipazione.²³ A questo punto, però, prima ha comprensibilmente chiesto all’Amministrazione resistente uno slittamento di qualche giorno del termine di partecipazione e dopo (non avendo ricevuto risposta alcuna) - per evitare che, in virtù di quanto disposto nel decreto, nel prosieguo del giudizio gli si potesse in qualche modo contestare un eventuale sopravvenuto difetto di interesse a portare innanzi l’azione e la conseguente improcedibilità - ha impiegato i tre giorni che restavano a sua disposizione tra il deposito del decreto cautelare e la scadenza del termine per presentare istanza di ammissione per rabberciare *in extremis* una sua domanda di partecipazione.

L’Amministrazione comunale, invece - come già incidentalmente evidenziato - non si è espressa sull’istanza dell’operatore finalizzata ad ottenere uno slittamento del termine per la presentazione della domanda di partecipazione.

Di conseguenza, com’era anche qui ampiamente preventivabile – in quella manciata di ore - il ricorrente, che aveva comunque immediatamente presentato al Comune anche una seconda istanza per poter effettuare in uno di quei rimanenti tre giorni il sopralluogo secondo quanto era previsto a pena di esclusione nella *lex specialis* (vale a dire alla presenza di un impiegato comunale),²⁴ non è riuscito, per cause a lui non imputabili, a svolgere l’adempimento in questione secondo quelle modalità, ma lo ha posto in essere in autonomia.

Alla fine, la domanda di partecipazione - in un modo o nell’altro - è stata comunque presentata. Essa, però, ha molto probabilmente scontato in termini di qualità la circostanza di essere stata elaborata in appena tre giorni; è legittimo presumere che al ricorrente sia mancato il tempo minimo indispensabile per poter confezionare una proposta progettuale in maniera appropriata e completa.

In data 12.05.2022, nella camera di consiglio destinata a scrutinare l’istanza cautelare *ex art. 55 c.p.a.*, il TAR Puglia (perseverando nel non tenere in considerazione la circostanza che la richiesta di giustizia era

²³ In sede cautelare si aspettava evidentemente la sospensione della procedura.

²⁴ Talvolta mi domando che fine abbia fatto il principio della tassatività delle clausole di esclusione.

finalizzata ad ottenere l'annullamento dell'intera procedura) - nel prendere atto che, in base al decreto cautelare appena richiamato, la domanda di partecipazione era stata comunque presentata - “*rilevato che le condizioni richieste in ordine alla modalità di presentazione dell'offerta non incidono, comunque, sulla qualità e valutazione della medesima proposta, per cui in questa sede appare prevalente l'interesse alla partecipazione della ricorrente alla gara con riserva di rivedere gli effetti di tale ammissione all'esito del presente giudizio*”, ha concesso la misura cautelare ai fini dell'ammissione con riserva del ricorrente alla gara in esame, a prescindere dai contestati requisiti.²⁵ Anche questa possibilità non era stata oggetto di richiesta da parte del ricorrente.

Nella seduta pubblica del 26.05.2022, il Seggio di gara, dopo aver rilevato che la società ricorrente non aveva svolto il sopralluogo secondo le modalità indicate dalla *lex specialis*,²⁶ l'ha esclusa dalla procedura. Avverso l'esclusione, l'operatore economico – ormai pienamente trascinato dal giudice della cautela in una controversia che, (almeno) in origine, non era la sua - ha presentato un ricorso per motivi aggiunti avverso l'esclusione ed ha ad esso allegato sia una richiesta di decreto monocratico che un'istanza di misure cautelari *ex art. 55 c.p.a.*

Nel motivare la richiesta di decreto, la ricorrente ha fatto presente che il prosieguo delle operazioni di gara era stato già fissato dalla stazione appaltante per il seguente 1° giugno.

A questo punto, con un secondo decreto cautelare, il giudice – nel rilevare condivisibilmente che un'eventuale decisione monocratica di nuova ammissione con riserva al prosieguo avrebbe, in sostanza, inammissibilmente anticipato un possibile esito favorevole del secondo pronunciamento cautelare collegiale – ha stabilito di congelare la procedura di gara fino all'esito della camera di consiglio deputata all'analisi della richiesta cautelare *ex art. 55 c.p.a.* annessa al ricorso per motivi aggiunti, in quanto ha valutato come meritevole di accoglimento la seconda istanza di misura cautelare monocratica.²⁷

A quel punto l'Amministrazione ha correttamente rinviato la seduta pubblica originariamente fissata per il 1° giugno ad una data successiva alla seconda camera di consiglio.

Nell'ordinanza cautelare emessa a seguito dell'appena richiamata camera di consiglio, il TAR ha ritenuto accoglibile la richiesta interinale del ricorrente in considerazione del fatto che l'Amministrazione comunale – dopo la comunicazione del decreto presidenziale del 02.05.2022 – non aveva risposto alla sua istanza finalizzata a svolgere in uno dei giorni ancora a disposizione il sopralluogo secondo le modalità prescritte a pena di esclusione dalla *lex specialis* di gara (vale a dire, lo si ripete, alla presenza di un dipendente comunale).

²⁵ T.A.R. Puglia, Sez. I, ord. n. 228 del 12.05.2022

²⁶ Vale a dire alla presenza di un dipendente comunale all'uopo delegato.

²⁷ T.A.R. Puglia, Sez. I, decr. pres. n. 256 del 28.05.2022.

Con il medesimo atto, pertanto, ha deciso di sospendere l'esclusione del ricorrente per permettere l'esame della sua offerta, con riserva di rivedere gli effetti della disposta ammissione condizionata all'esito della valutazione del merito del ricorso.²⁸

Com'era ampiamente prevedibile in ragione del pochissimo tempo avuto a disposizione dal ricorrente per elaborare la sua proposta, nelle sedute riservate destinate all'esame dei progetti tecnici presentati dai concorrenti, il seggio di gara ha attribuito al ricorrente un punteggio non sufficiente per accedere all'apertura della sua offerta economica.²⁹ L'operatore economico è stato quindi nuovamente escluso ma questa volta – in ragione di quella che era la sua originaria domanda di giustizia – ha deciso di non contestare con un ipotetico secondo ricorso per motivi aggiunti la sua nuova esclusione.³⁰

Orbene, sin dagli esordi della richiamata vicenda – oltre a profili più specificamente sostanziali e processuali sui quali ci si intratterà nei successivi paragrafi – due sono gli elementi che emergono con maggior evidenza: da un lato, il lampante e subitaneo discostamento del giudice dalla domanda di giustizia introdotta dalla società ricorrente con il ricorso introduttivo del giudizio e, dall'altro, l'indebita propensione del predetto giudice ad utilizzare i suoi pronunciamenti processuali interinali per indurre dall'esterno ad una correzione in corso di causa del *thema decidendum* del giudizio, al fine di renderlo maggiormente in linea con (quella che, evidentemente, si deve presumere sia) la sua idea di giustizia sostanziale.

Sul piano giuridico, ambedue gli elementi non possono che essere destinatari di serrate contestazioni.

Il primo aspetto riguarda una violazione del valore costituzionale della libertà di azione e rappresenta, evidentemente, anche uno scostamento dal principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato;³¹

²⁸ T.A.R. Puglia, Sez. I, ord. n. 264 del 09.06.2022.

²⁹ Evidentemente solo in considerazione degli oggettivi limiti della sua offerta tecnica. Non emergono, infatti, assolutamente nella vicenda elementi che possano giustificare il sospetto che la stazione appaltante – nell'esaminare l'offerta tecnica della ricorrente – si sia fatta condizionare dall'iniziativa giurisdizionale del ricorrente.

³⁰ Com'era ampiamente preventivabile, nel corso del referaggio del presente articolo, il T.A.R. Puglia – con la sentenza n. 1443 del 24.10.2022 – ha respinto il ricorso affermando che l'interesse strumentale azionato in giudizio da parte della ricorrente sarebbe venuto meno a seguito del mancato raggiungimento da parte di quest'ultima del punteggio tecnico minimo per poter essere ammessi alla valutazione delle offerte economiche e della mancata contestazione giurisdizionale di tale ultima circostanza. Ora, il fatto che nel corso del giudizio la posizione di parte ricorrente ha subito una metamorfosi (invero etero-indotta) è corretto e innegabile; altrettanto certo è però il fatto che la domanda di giustizia della ricorrente (almeno nella sua formulazione originaria) puntava direttamente all'annullamento dell'intera procedura. Rispetto alla vicenda specifica convincono poco le considerazioni del giudice pugliese su di una presunta concatenazione tra la forma piena dell'interesse legittimo e la sua forma strumentale.

³¹ Molto pregnante in argomento: C.d.S., Sez. V, sent. n. 972 del 03.02.2021: “L' art. 112 c.p.c. , in base al quale il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa, deve intendersi violato, secondo il costante indirizzo giurisprudenziale, allorchè il giudice alteri petitem e causa petendi pronunciandosi in merito ad un bene diverso da quello richiesto, neppure implicitamente compreso nella domanda o qualora ponga a fondamento della decisione fatti o situazioni estranee alla materia del contendere, introducendo nel processo una causa petendi nuova o diversa rispetto a quella contenuta nella domanda; è invece a lui consentito l'esame di una questione non espressamente formulata qualora questa debba ritenersi tacitamente proposta, in quanto in rapporto di necessaria connessione o compresa in quelle espressamente formulate; naturalmente spetta al giudice interpretare la domanda proposta, tenendo presente il contenuto sostanziale della domanda (petitem e causa petendi) quale desumibile dagli atti del giudizio e dalle allegazioni delle parti, ma senza sostituire alla domanda proposta una diversa domanda, cadendo altrimenti nella pronuncia ultra od extra petita.”

il secondo aspetto, invece, più sfuggente e sottotraccia (e, proprio per questo, anche maggiormente insidioso), intercetta la differente criticità di un giudice che – mediante suoi pronunciamenti non definitivi – può indebitamente finire con il plasmare a suo piacimento le questioni sottoposte al suo sindacato.³²

Mi sembra evidente che l'atipicità dei mezzi cautelari riconosciuta in capo al giudice a far data dall'entrata in vigore del codice del processo amministrativo non è idonea a legittimare nessuno dei due profili in quanto essa deve, comunque, “muoversi” nello stretto rispetto del principio della domanda.³³

Ad ogni modo, con riferimento al secondo profilo va detto che se è vero che – vista la sua originaria domanda di giustizia (volta direttamente ad ottenere l'annullamento dell'intera procedura) - l'operatore economico ha, probabilmente, sbagliato a scapicollarsi per imbastire in quattro e quattr'otto una domanda di partecipazione dell'ultim'ora soltanto sulla base di quanto era stato stabilito dal primo decreto cautelare, pare altrettanto vero che non è corretto pretendere che un operatore economico - di fronte ad un decreto cautelare monocratico che, pur se indebitamente ed in maniera errata, di fatto condizionava la tutela dell'interesse legittimo pretensivo azionato in giudizio dal ricorrente alla sua effettiva partecipazione alla procedura – avesse l'autonomia e la prontezza di comprendere che seguire quella possibilità partecipativa appositamente confezionata per lui *in extremis* dal decreto comportasse in sostanza un'indebita *mutatio libelli* indotta dal giudice.

Ciò non di meno, in tutta la vicenda riportata vi è anche un altro elemento che emerge in maniera a mio parere ancora più prepotente: il giudizio inequivocabilmente negativo sugli strumenti adottati dal giudice pugliese per conformare dall'esterno la questione posta alla sua attenzione alla sua idea di giustizia non riesce a sottacere una percezione epidermica sulla potenziale condivisibilità di quanto posto in essere dal medesimo giudice, se però osservato da un differente punto di vista.³⁴

³² Nel processo civile in tema di nullità dei contratti, come argine rispetto alla possibilità stigmatizzata nel testo sono previsti degli specifici oneri dichiarativi in capo al giudicante a vantaggio delle parti nel momento in cui il primo rileva determinati motivi di nullità: Cass. Civ. SS.UU. sent. n. 14828 del 04.09.2012: “*Alla luce del ruolo che l'ordinamento affida alla nullità contrattuale, quale sanzione del disvalore dell'assetto negoziale e atteso che la risoluzione contrattuale è coerente solo con l'esistenza di un contratto valido, il giudice di merito, investito della domanda di risoluzione del contratto, ha il potere-dovere di rilevare dai fatti allegati e provati, o comunque emergenti ex actis, una volta provocato il contraddittorio sulla questione, ogni forma di nullità del contratto stesso, purché non soggetta a regime speciale (escluse, quindi, le nullità di protezione, il cui rilievo è espressamente rimesso alla volontà della parte protetta); il giudice di merito, peraltro, accerta la nullità incidentaliter tantum senza effetto di giudicato, a meno che sia stata proposta la relativa domanda, anche a seguito di remissione in termini, disponendo in ogni caso le pertinenti restituzioni, se richieste.*”

³³ Su tali profili si vedano: F. SAITTA “*L'atipicità delle misure cautelari nel processo amministrativo, tra mito e realtà*” in www.giustizia-amministrativa.it; R. CAPONIGRO “*La natura della posizione giuridica nella tutela cautelare atipica del giudizio amministrativo: dalla tutela cautelare alla tutela camerale*”, in *Federalismi*, 19/2015 e, in precedenza, R. LEONARDI “*La tutela cautelare nel processo amministrativo. Dalla L. n.205/2000 al codice del processo amministrativo*”, Milano, 2011

³⁴ Si anticipa sin d'ora che la valutazione positiva sulle motivazioni (e non sugli strumenti che ha impiegato) che hanno indotto il giudice a dare la possibilità al ricorrente di produrre comunque la sua istanza di partecipazione sarebbe stata ancora migliore se il Tribunale avesse anche disposto uno slittamento del termine ultimo per la presentazione delle offerte.

Per cercare di dipanare tale apparente contraddittorietà, è necessario prendere le mosse dalla constatazione che il quadro legislativo di riferimento³⁵, di fatto, permette che un operatore economico che dispone di tutti i requisiti per prendere parte ad una procedura ad evidenza pubblica ad eccezione di uno che, in sostanza, gli preclude illegittimamente la partecipazione – pur non avendo (per ragioni sue che nello specifico non hanno rilievo) alcuna intenzione di presentare la sua domanda di partecipazione – in ragione solo del suo essere operatore del settore, possa agire in giudizio per ottenere l’annullamento del relativo bando di gara, in vista di una contestuale o successiva richiesta giurisdizionale per il risarcimento per equivalente di un ipotetico danno da lui, in realtà, non subito.³⁶

Ed effettivamente, quando ci si trova innanzi a clausole escludenti, alla base della decisione del ricorrente di chiedere in prima battuta e direttamente l’annullamento dell’intera procedura (e non esclusivamente delle clausole contenenti i requisiti impeditivi) può esserci il tipico interesse legittimo pretensivo che induce gli operatori economici a partecipare alle procedure ad evidenza pubblica ma teoricamente potrebbe anche, in alternativa, esserci un interesse emulativo ad ottenere l’annullamento dell’intera procedura, in vista del successivo avvio di un’azione risarcitoria potenzialmente speculativa.³⁷

Il primo è certamente una situazione giuridica soggettiva tutelata dall’ordinamento, il secondo presenta, invece, profili emulativi difficilmente compatibili con quei principi di collaborazione e buona fede che devono contraddistinguere i rapporti tra privati e pubbliche Amministrazioni in base al comma 2-bis dell’art. 1, recentemente introdotto nella legge 241 del 1990 ed al ben più risalente art. 1337 del codice civile.³⁸

³⁵ La situazione non sembrerebbe destinata a cambiare anche ove il Governo dovesse decidere di approvare l’articolato redatto (su sua sollecitazione) dal Consiglio di Stato e di trasformarlo in un nuovo codice dei contratti pubblici emanato in attuazione della legge delega n. 78 del 2022 “*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*”. L’articolato è rinvenibile in libero accesso sul sito www.giustizia-amministrativa.it. Durante i lavori preparatori della richiamata legge delega, in questa rivista, 1° giugno 2022: M.G. RACCA “*Le innovazioni necessarie per la trasformazione digitale e sostenibile dei contratti pubblici*”.

³⁶ Perplessità analoghe sono espresse in C.d.S., Sez. IV, sent. n. 4189 dell’11.10.2016.

³⁷ Sono consapevole che lo scandaloso livello al quale sono arrivati – soprattutto in determinati ambiti - i contributi unificati rende, in concreto, un po’ più inverosimile l’ipotesi paventata nel testo; ciò non di meno, ritengo che questa circostanza non debba avere più di tanto peso in un ragionamento teorico che dovrebbe prescindere dalle contingenze del momento e dalle loro transeunti caratteristiche. Nella speranza che la vergogna dei livelli astronomici dei contributi unificati possa essere risolta il più presto possibile.

³⁸ Da quanto sin qui esposto, non è difficile desumere il mio convincimento che l’interesse legittimo pretensivo non dovrebbe essere riconosciuto, sulla base di una valutazione teorica, in capo a tutti i soggetti che dispongono dei requisiti per prendere parte ad un confronto concorrenziale di carattere pubblicistico ma esclusivamente a quelli tra questi che intendono (o intendevano) effettivamente prendervi parte. Mi rendo perfettamente conto del fatto che, in determinati casi, il giudice amministrativo non dispone degli strumenti necessari a comprendere se si trova innanzi ai primi o ai secondi; ma sono altrettanto consapevole che, in altri casi, invece, è proprio il comportamento che è giusto aspettarsi dal soggetto privato che potrebbe avere l’effetto di rassicurare il giudice sulla circostanza di avere innanzi il titolare di un interesse legittimo pretensivo.

Per essere titolare di un interesse legittimo pretensivo non basta essere un operatore del settore e disporre di tutti i requisiti richiesti dalla procedura ad eccezione di quello illegittimamente escludente, è indispensabile avere un'affezione diretta nei confronti del bene posto in competizione.

E' proprio questa la circostanza che produce in un interprete (anche solo mediamente) attento un moto di fastidio, un senso di ingiustizia rispetto ad una possibilità concreta che un operatore economico, se gioca bene le sue carte – “alla fine della fiera” – possa eventualmente anche ottenere il risarcimento di un danno che, in concreto, non ha subito perché, in realtà, sprovvisto dell'interesse legittimo pretensivo.

Ed in un caso del genere, l'eventualità di conseguire una pronuncia di risarcimento del danno, a mio parere, pur se indubbiamente complessa, non è assolutamente trascurabile.³⁹ Non sono d'accordo, infatti, sul fatto che (tanto per l'operatore economico quanto – e probabilmente ancor di più – per un candidato ad un concorso) il risarcimento del danno dovrebbe essere rappresentato dalla semplice possibilità di prendere parte ad una nuova procedura concorrenziale emendata dal vizio originario,⁴⁰ in quanto tale evenienza costituisce un risultato minimo che attiene al nucleo base di protezione dell'interesse legittimo pretensivo connotato da strumentalità e non, invece, a profili di carattere risarcitorio.⁴¹ A ben vedere, infatti, anche lo slittamento in avanti della mera possibilità di conseguire un bene della vita cagionato

³⁹ Tutto sta nel capire a quale delle due diverse concezioni (eziologica o ontologica) della *chance* si intende aderire. Evidentemente, l'eventualità alla quale si fa riferimento nel testo risulta inverosimile nel momento in cui si dovesse condividere il concetto di *chance* attualmente più diffuso nella giurisprudenza del giudice amministrativo (dimostrazione di minimo il 50,01% di possibilità di conseguire il risultato – tra le tante: C.d.S., Sez. V, sent. n. 4225 dell'11.07.2018: “*In materia di responsabilità civile dell'amministrazione occorre distinguere fra probabilità di riuscita, che va considerata quale chance risarcibile e mera possibilità di conseguire l'utilità sperata, da ritenersi chance irrisarcibile; il risarcimento del danno da perdita di chance richiede dunque l'accertamento di indefettibili presupposti di certezza dello stesso danno, dovendo viceversa escludersi tale risarcimento nel caso in cui l'atto, ancorché illegittimo, abbia determinato solo la perdita di una mera ed ipotetica eventualità di conseguimento del bene della vita.*”) mentre appare, invece, possibile se si concorda con la concezione ontologica della *chance*, che svincola il diritto dalla necessità di dimostrare che, in assenza del requisito illegittimo, vi sarebbe stata una determinata probabilità per il ricorrente di raggiungere il risultato. Di questa possibilità parla: C.d.S., Sez. VI, sent. n. 1087 del 20.02.2018: “... secondo un diverso indirizzo, è stato riconosciuto in caso di mancata indicazione della gara il risarcimento della chance vantata dall'impresa del settore sulla base del rilievo che in caso di mancato rispetto degli obblighi di evidenza pubblica (o di pubblicità e trasparenza) non è possibile formulare una prognosi sull'esito di una procedura comparativa in effetti mai svolta e che tale impossibilità non può ridondare in danno del soggetto leso dall'altrui illegittimità, per cui la chance di cui lo stesso soggetto è portatore deve essere ristorata nella sua obiettiva consistenza, a prescindere dalla verifica probabilistica in ordine all'ipotetico esito della gara.”)

⁴⁰ C.d.S., Sez. III, sent. n. 5303 del 17.11.2017: “*Quando viene giudicato illegittimo l'affidamento diretto di un appalto (e, quindi, la gara non è stata proprio indetta), l'impresa che, come operatrice del settore, lo ha impugnato, lamentando la sottrazione al mercato di quel contratto, riceve, in via generale, una tutela risarcitoria integralmente soddisfacente per mezzo dell'effetto conformativo che impone all'Amministrazione di bandire una procedura aperta per l'affidamento dell'appalto (ed alla quale potrà partecipare, conservando, perciò, integre le possibilità di aggiudicazione del contratto). Nelle ipotesi, tuttavia, in cui tale forma di tutela (in forma specifica) non sia più possibile perché l'Amministrazione abbia deciso di gestire direttamente il servizio, internalizzandone l'esercizio, quella risarcitoria per equivalente da perdita di chance resta, in ogni caso, preclusa dall'assorbente rilievo che l'impresa asseritamente danneggiata non può certo dimostrare, per il solo fatto di operare nel settore dell'appalto illegittimamente sottratto al mercato, di aver perduto, quale diretta conseguenza dell'invalida assegnazione del contratto ad altra impresa, una occasione concreta di aggiudicarsi quell'appalto o, in altri, termini che, se l'Amministrazione lo avesse messo a gara, se lo sarebbe con elevata probabilità aggiudicato.*”

⁴¹ In tutti quei casi in cui l'interesse legittimo presenta, sin da subito ovvero a partire da un determinato momento, le caratteristiche dell'interesse strumentale.

dall'illegittimità dell'operato dell'Amministrazione può, in determinati casi, rappresentare un danno da dover risarcire necessariamente per equivalente.⁴²

Non è da escludere che sia stato proprio l'intento (cosciente o incosciente) di frapporre un argine rispetto a tale eventualità ad aver indotto il giudice pugliese ad impostare una strategia di modifica del *thema decidendum* a cui la società ricorrente si è comunque immediatamente adattata.

Se il predetto giudice fosse rimasto ancorato ai limiti della domanda di giustizia contenuta nel ricorso introduttivo del giudizio, certamente non avrebbe potuto impostare il suo primo decreto cautelare nel senso di permettere in concreto la partecipazione alla procedura di gara ad un operatore economico che, di fatto, non gli aveva chiesto questo, in quanto si era limitato ad agire per l'annullamento dell'intera procedura.

Nella sua semplicità, la vicenda che si è sinteticamente tratteggiata offre numerosi spunti di riflessione con riferimento a: i) spigolature su alcuni caratteri dell'interesse legittimo pretensivo e sul significato dell'espressione interesse strumentale; ii) impossibilità di desumere l'esistenza di un interesse legittimo pretensivo dalla circostanza che un interesse semplice può, in via teorica, trovare soddisfazione anche risarcitoria nel processo amministrativo; iii) possibili effetti pregiudizievoli di una tutela cautelare ispirata all'effettività; iv) ruolo della domanda di partecipazione e doverosa graduazione delle richieste di giustizia.

3. Spigolature su alcuni caratteri dell'interesse legittimo pretensivo e sul significato dell'espressione interesse strumentale

In via preliminare, va detto che nei concorsi e nelle gare il nostro ordinamento tutela nelle forme dell'interesse legittimo pretensivo il desiderio di vincere quel confronto concorrenziale nell'ambito di una procedura amministrativa *in fieri*.⁴³

⁴² In determinati casi, ritengo sia configurabile un danno risarcibile per mancato potenziale raggiungimento – in un dato arco temporale – di specifici risultati. Si pensi al danno patrimoniale in cui potrebbe incappare una società nell'ipotesi in cui le venga preclusa la possibilità di prendere parte ad una procedura ad evidenza pubblica ove il raggiungimento – all'interno di un periodo di tempo definito – di un *target* di fatturato rappresenti condizione indispensabile per poter beneficiare di ipotetici contributi pubblici. In effetti, posto che l'interesse legittimo (quantomeno nella sua configurazione strumentale) è una situazione giuridica soggettiva che, nella sua fisiologia, prevede come possibile il mancato conseguimento del bene della vita, ho difficoltà a comprendere il motivo per cui – di fronte all'operato illegittimo dell'Amministrazione – l'ottenimento di un risarcimento connesso alla lesione del predetto interesse legittimo debba essere subordinato alla dimostrazione che, in assenza di quella illegittimità, il bene della vita sarebbe stato conseguito. C.d.S., Sez. V, sent. n. 1386 del 27.02.2019: “*Il concorrente pretermesso, affinché possa conseguire il risarcimento del danno per equivalente da mancata aggiudicazione di una procedura di gara pubblica, in sede processuale deve dimostrare che, in assenza dell'illegittima aggiudicazione, avrebbe conseguito con ogni evidenza o comunque con un elevato grado di probabilità, l'affidamento dell'appalto.*”

⁴³ Sarebbe interessante – ma in questa sede non è possibile – approfondire se l'ordinamento, in quegli ambiti, prevede l'esistenza di un interesse legittimo anche con riferimento a poteri non ancora avviati. In pratica è configurabile come interesse legittimo pretensivo quello di un laureato in giurisprudenza che aspira ad iniziare una carriera diplomatica e che si duole della mancata indizione di un concorso da parte del Ministero degli Esteri censurandone l'illegittimità? Il

Quest'ultima sottolineatura appare indispensabile in ragione dell'estrema concretezza che connota l'interesse legittimo, situazione giuridica soggettiva che non si relaziona all'esistenza astratta di poteri pubblicistici ma, al contrario, nasce solo in presenza di un potere effettivo e "tangibile", specifico e potenzialmente operativo (anche ove non ancora esercitato) che è in grado di incidere effettivamente sulla sfera giuridica soggettiva del privato.

La questione è evidentemente collegata al quesito classico sul momento di nascita dell'interesse legittimo, tema che – in ragione dei limiti del presente contributo – non può certo essere qui affrontato.

Ciò non di meno, nell'economia del lavoro – una volta dichiarata la mia convinta adesione alla c.d. concezione strumentale dell'interesse legittimo⁴⁴ – devo necessariamente evidenziare come, a mio parere, il semplice conferimento da parte di un'assemblea rappresentativa di un potere ad una pubblica Amministrazione, da solo, non determini in concreto la nascita di interessi legittimi.

E – fatte le debite proporzioni – il discorso non vale solo per i poteri "maggiori" ma anche per i c.d. poteri "minori".⁴⁵

In ragione della loro necessaria pregnanza e concretezza, gli interessi legittimi nascono quando il potere passa dalla potenza all'atto, vale a dire quando viene concretamente avviato il suo esercizio ad opera dell'Amministrazione ovvero quando quest'ultima è chiamata ad avviare tale esercizio in virtù della sollecitazione di un privato.

Ciò detto, in presenza di una clausola di un bando che illegittimamente condiziona la partecipazione di aspiranti dotati di tutti i requisiti di partecipazione alla realizzazione di un adempimento impossibile, mentre è certo che sono titolari di interessi legittimi pretensivi i soggetti che realmente avrebbero inteso (o intenderebbero) prendere parte alla procedura, non altrettanto può dirsi per quegli operatori che (pur essendo provvisti di tutti i requisiti legittimi), in realtà – per le più disparate ragioni - non hanno mai

Ministero sarebbe tenuto a rispondere ad una sua istanza avente ad oggetto l'indizione del concorso? Ed il soggetto potrebbe avviare un rito sul silenzio in seguito ad una mancata risposta sulla sua istanza?

⁴⁴ La questione sulla natura finale piuttosto che strumentale dell'interesse legittimo è magistralmente illustrata e, a mio parere risolta, da F.G. SCOCA "L'interesse legittimo. Storia e teoria", Torino, 2017.

⁴⁵ Mi sono preso la briga di introdurre questa nuova distinzione (poteri maggiori vs poteri minori) nell'ambito dei poteri pubblicistici in un mio recente contributo a cui mi permetto di rinviare, ove di interesse: D. MARRAMA "Accordi sostitutivi, autoritatività ed esercizio di potere", in Nuove Autonomie, n. 1/2022. In estrema sintesi, mentre i poteri "maggiori" sono quelli che passano per un previo conferimento da parte di un'assemblea rappresentativa della sovranità popolare e possono portare in maniera diretta alla soddisfazione dell'interesse pubblico, i poteri "minori" sono strumentali in quanto non possono autonomamente condurre alla soddisfazione dell'interesse pubblico primario, prescindono da un previo conferimento e si fondano sulla natura pubblica del soggetto agente (ovvero sulla preposizione o dedizione alla cura di interessi generali che può caratterizzare anche un soggetto privato) e sulla ineludibile funzionalizzazione alla cura dell'interesse generale di tutta la sua attività di rilievo giuridico (per il privato di cui sopra il riferimento è alla sua attività di rilievo giuridico di carattere pubblicistico), a prescindere dalla sua forma pubblicistica o privatistica. Solo per inciso – in virtù del criterio proposto – i poteri pubblicistici ai quali si sta facendo riferimento nel presente studio (potere di reclutamento e potere di acquisto) sono entrambi poteri minori.

puntato ad ottenere il risultato dell'aggiudicazione e, pertanto, non avrebbero prodotto (o non produrrebbero) domanda di partecipazione, anche se la clausola illegittima non ci fosse stata.

Posto che sono, tendenzialmente, orientato a ritenere che l'ordinamento intenda assicurare i benefici derivanti dalla titolarità di un interesse legittimo solo ai primi soggetti, ritengo che questo elemento soggettivo di differenziazione debba, fintanto che questo sia possibile, essere concretamente posto in evidenza massimamente *as soon as possible* già in sede procedimentale.

Del resto, la presenza nei bandi di gara o di concorso di requisiti illegittimamente preclusivi della partecipazione non può diventare motivo e pretesto di speculazione da parte di operatori economici o semplici cittadini che - pur possedendo tutti i requisiti necessari per prendere parte alla gara (ad eccezione, evidentemente, di quello illegittimamente preclusivo della loro partecipazione) - in realtà, non abbiano mai preso veramente in considerazione la possibilità di partecipare alla medesima.

Questi soggetti, infatti, non sono titolari di interessi legittimi ma di interessi emulativi.

Nel settore delle gare,⁴⁶ il problema risiede nel fatto che - in un contesto in cui (salvo alcuni isolati pronunciamenti giurisprudenziale sui quali *infra*) l'unica condizione che deve sussistere per un operatore economico per poter portare innanzi al giudice amministrativo un bando (piuttosto che alcune sue disposizioni) che preclude illegittimamente la sua possibilità di prendere parte al confronto è quella di essere un'impresa del medesimo settore - per il giudicante è molto complicata la verifica sulla presenza di un interesse legittimo pretensivo piuttosto che di un interesse emulativo.

Una verifica che risulta complessa (ma probabilmente fattibile) in relazione a quelle clausole limitative che non intaccano in radice la possibilità concreta di elaborare e presentare una domanda di partecipazione (perché si limitano, per esempio, ad introdurre requisiti incongruenti o adempimenti irragionevoli e impossibili da svolgere) e complicatissima rispetto a quel diverso tipo di clausola escludente che preclude, invece, alla radice anche la possibilità di sviluppare un'offerta.

Ciò posto, può essere che, con il primo decreto cautelare, il giudice adito abbia inteso verificare empiricamente un elemento di fatto al quale, evidentemente, attribuisce un rilievo dirimente, vale a dire che l'operatore economico che ha contestato determinate clausole di un bando di gara affermando che queste ultime, in maniera illegittima, gli avrebbero precluso (e gli precluderebbero) la possibilità di prendere parte alla gara, eventualmente - in assenza delle prefate clausole - presenterebbe⁴⁷ la sua domanda di partecipazione.

Un'indagine finalizzata, in sostanza, a verificare l'effettiva esistenza di un interesse legittimo.

⁴⁶ Ma lo stesso si può dire - fatti i debiti adattamenti - per il campo dei concorsi pubblici.

⁴⁷ I termini particolarmente stringati per la contestazione di clausole restrittive e la rapidità del rito previsto dal codice del processo amministrativo per le controversie in materia di affidamento di appalti fanno molto spesso sì che il giudice venga investito della questione in un momento in cui è ancora pendente il termine per la presentazione della domanda di partecipazione.

Indagine necessaria in considerazione del fatto che, per come sino ad allora si era comportato nella vicenda di esercizio di potere *in fieri* il ricorrente, il TAR non era stato messo in condizione di poter accertare l'effettiva sussistenza nei suoi confronti di un interesse legittimo pretensivo.

E che questa sia stata la finalità che ha mosso il TAR Puglia può trovare conferma anche nel modo in cui sino ad oggi il predetto giudice – nell'impostare tutti i pronunciamenti cautelari sin qui emanati - si è relazionato alla specifica vicenda.

Al centro della sua valutazione ha chiaramente posto la necessità di rendere possibile la partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica ad un operatore economico (il ricorrente) che si doleva del fatto che una delle clausole del bando - a sua detta illegittimamente – gli precludeva la possibilità di partecipare ad una gara.

Uno strumento errato (un pronunciamento cautelare che ha addirittura condotto ad una sostanziale modifica del *thema decidendum* indebitamente sollecitata dal giudicante) utilizzato per un fine, invero, secondo me condivisibile.

Negli ultimi paragrafi si cercherà di verificare se lo strumento adoperato dal giudice adito sia adeguato in un'ottica di effettività di tutela e, altresì, se sia l'unico a sua disposizione.

Per il momento occorre, invece, segnalare il rischio che una svisata concezione dell'interesse strumentale potrebbe determinare l'errato convincimento che anche quegli operatori che (pur essendo provvisti di tutti i requisiti legittimi), in realtà – per le più disparate ragioni - non puntano ad ottenere il risultato dell'aggiudicazione e, pertanto, non avrebbero prodotto (o non produrrebbero) domanda di partecipazione anche se la clausola illegittima non ci fosse stata (o non ci fosse) siano titolari di una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela.

E', pertanto, necessario un preliminare passaggio, seppur fugace, sull'interesse strumentale.

Negli ultimi anni, nonostante (o forse proprio in ragione de) il fatto che il concetto di interesse strumentale non trovi copertura apparente in alcun testo normativo,⁴⁸ esso è stato sovente al centro del dibattito dottrinale piuttosto che giurisprudenziale anche con riferimento proprio alla possibilità (e, in un dato periodo, necessità) di contestare alcuni atti di una procedura ad evidenza pubblica prima che venga disposta l'aggiudicazione.⁴⁹ La sua è, pertanto, una matrice prettamente pretoria.

⁴⁸ In realtà, forse si può ipotizzare che la disposizione del 5° comma dell'art. 120 del c.p.a. che impone l'immediata impugnazione dei bandi autonomamente lesivi a far data dal momento della loro pubblicazione abbia dato copertura ad almeno una forma dell'interesse strumentale.

⁴⁹ Come è ampiamente noto, il concetto di interesse strumentale è stato sovente chiamato in causa anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nelle notissime sentenze che, negli anni, hanno interessato il tema dell'ordine di priorità di scrutinio tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente. Anche se l'argomento esula dai confini del presente scritto, non resisto alla tentazione di proporre una considerazione sul punto. Al momento, la giurisprudenza interna è assestata sul convincimento che di fronte ad un ricorso principale escludente e ad un ricorso incidentale parimenti escludente quest'ultimo sarebbe procedibile solo una volta considerato fondato il ricorso principale (C.d.S., Sez. IV, sent. n. 3094 del 15.04.2021; “Una volta esaminato e ritenuto infondato il ricorso principale, in applicazione del principio della c.d.

A conferma di ciò, è possibile sottolineare come – partendo da talune sollecitazioni desumibili dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea⁵⁰ - alcuni tra i sostenitori della necessità di impugnare autonomamente ed in via immediata non solo le clausole escludenti ma anche, ad esempio, quelle che illegittimamente individuino come parametro per l’individuazione della migliore offerta il criterio del prezzo più basso in luogo di quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa abbiano sostenuto che, in casi del genere, l’ordinamento conferirebbe tutela (non all’interesse legittimo all’aggiudicazione ma) ad un interesse dell’operatore economico a concorrere secondo criteri predefiniti dal legislatore.⁵¹

Nell’argomentare su tale auspicato ampliamento è stato sovente chiamato in causa anche un bene della vita “di nuovo conio” consistente nel c.d. “*interesse participationis*”.

D’altro canto, al medesimo tempo, alcuni tra i primi commentatori dell’ormai soppresso rito superaccelerato ammessi/esclusi hanno espresso il convincimento secondo il quale l’ordinamento giuridico, prima ancora del bene della vita “aggiudicazione”, avrebbe tutelato un differente bene della vita consistente nell’interesse alla corretta definizione (*recte* alla riduzione) della platea dei concorrenti.⁵²

ragione più liquida, il ricorso incidentale escludente, proposto dall’aggiudicatario, diviene inevitabilmente improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse ai sensi degli articoli 42, comma 1, e 35, comma 1, lett. c), cod. proc. amm., essendo evidente che l’interesse della aggiudicatario a proporre ricorso incidentale, al fine di contestare la mancata esclusione dalla gara della ricorrente principale, viene radicalmente meno qualora il ricorso proposto da quest’ultima sia dichiarato inammissibile o venga respinto, dal momento che, in entrambi i suddetti casi, l’aggiudicatario conserva il bene della vita ottenuto (l’aggiudicazione). Al riguardo si evidenzia che, se è vero che le sentenze della Corte di Giustizia dell’Unione europea 4 luglio 2013, Fastweb (causa c-100/12), 5 aprile 2016 Puligenica (causa c-689/13) e 5 settembre 2019 Lombardi (causa c-333/18) hanno affermato la necessità di esaminare sempre il ricorso principale, anche in caso di accoglimento del ricorso incidentale escludente ed a prescindere dal numero dei partecipanti alla gara e dalla natura dei vizi dedotti, è anche vero tuttavia che nessuna pronuncia del giudice europeo, né del giudice nazionale, ha mai affermato la necessità di esaminare comunque il ricorso incidentale escludente proposto dall’aggiudicatario, qualora, secondo il principio della ragione più liquida, il ricorso principale sia già stato esaminato e sia stato dichiarato infondato.)”. A tal proposito esorto a considerare che – una volta valutato dal giudice di prime cure come fondato il ricorso principale escludente – la posizione dell’aggiudicatario ricorrente incidentale si differenzia da quella di un operatore economico legittimamente escluso in maniera definitiva dalla procedura solo in ragione proprio della non ancora maturata definitività del pronunciamento sulla legittimità della sua esclusione. In ragione della precarietà della sua esclusione viene riconosciuto ad un soggetto di fatto escluso un diritto allo scrutinio della sua contestazione escludente che non viene, invece, riconosciuto (a mio parere correttamente) al soggetto definitivamente e legittimamente escluso in via definitiva. Alla base di questa situazione sbilanciata sta lo svisato convincimento che l’interesse strumentale sia un qualcosa di esterno all’interesse legittimo, da esso distinto e con esso concorrente. Per ragioni di coerenza interna del sistema penso che in casi del genere il ricorso incidentale escludente dovrebbe essere scrutinato solo nel momento in cui fosse definitivamente accertata la legittimità dell’ammissione alla gara del ricorrente principale. La rapidità che si è ormai raggiunta nel rito appalti lo permetterebbe.

⁵⁰ Ci si riferisce – quasi inutile evidenziarlo – alle notissime sentenze: Sez. X, 4 luglio 2003, in C-100/12, “Fastweb”, Grande Sezione, 5 aprile 2016, in C-698/13, “Puligenica”, Sez. VIII, 10 maggio 2017, in C-131/16, “Archus”; Sez. X, 5 settembre 2019, in C-333/18, “Lombardi”.

⁵¹ C.d.S., Sez. III, sent. n. 2014 del 02.05.2017; C.d.S., Sez. III, ordinanza di rimessione all’Adunanza Plenaria n. 5138 del 07.11.2017; T.A.R. Basilicata, sent. n. 612 del 27.09.2017; T.A.R. Campania, Na, Sez. V, sent. n. 4995 del 24.10.2017; T.A.R. Lombardia, Bs, Sez. I, sent. n. 1449 del 18.12.2017; T.A.R. Lazio, Rm, sent. n. 11875 del 30.11.2017.

⁵² G. SEVERINI “*Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici?*”, in www.giustizia-amministrativa.it; L. COCCHI “*Prime osservazioni sul nuovo rito degli appalti?*”, *ivi*. Penso che la Corte Costituzionale non si sia mantenuta sui livelli qualitativi ai quali ci ha abituato nel momento in cui ha sostenuto: “*Sono dichiarate non fondate le questioni di legittimità costituzionale — sollevate dal Tar Puglia in riferimento agli artt. 3, 24, 103, 113 e 117, primo comma, Cost., quest’ultimo in relazione agli artt. 6 e 13 CEDU — dell’art. 120, comma 2-bis, cod. proc. amm., nella parte in cui onera l’impresa partecipante alle procedure di affidamento dei*

Appare sintomatica la circostanza che in entrambi i casi, gli interpreti – per inquadrare questi presunti nuovi beni della vita – abbiano chiamato in causa l’interesse strumentale.

Nel medesimo tempo sono, altresì emerse pronunce giurisprudenziali che si sono caratterizzate per un’indebita confusione tra l’interesse strumentale e l’interesse a ricorrere.⁵³

Personalmente – oltre a non condividere in radice l’esistenza di quegli ipotetici nuovi beni della vita che sarebbero tutelati dall’ordinamento – sono in disaccordo anche sul loro prospettato inquadramento all’interno del concetto di interesse strumentale.⁵⁴

A mio sommo avviso, l’interesse strumentale non è una situazione giuridica soggettiva autonoma ed ulteriore rispetto all’interesse legittimo⁵⁵ ma costituisce l’identificazione dell’unica modalità (depotenziata)

contratti pubblici di impugnare nel termine decadenziale di trenta giorni il provvedimento che determina le ammissioni delle concorrenti all’esito della valutazione di requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali (primo periodo), a pena di preclusione della facoltà di fare valere l’illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure, anche con ricorso incidentale (secondo periodo). L’onere imposto dal legislatore non può ritenersi irragionevole, né rende impossibile o estremamente difficile l’esercizio del diritto di difesa, e neppure altera la struttura soggettiva della giurisdizione amministrativa, in quanto il concorrente vanta un interesse — strumentale o procedimentale, ma pur sempre proprio e personale — alla corretta formazione della platea dei soggetti partecipanti alla gara, poiché la maggiore o minore estensione di quella platea incide oggettivamente sulla chance di aggiudicazione. Il lamentato aggravio economico a carico della parte ricorrente — dovuto al cumulo dei contributi unificati — è, nell’argomentazione del rimettente, ancillare rispetto alla tesi principale, sicché, una volta ritenuta legittima l’emersione legislativa dell’interesse procedimentale alla corretta cristallizzazione della platea dei concorrenti, esso non mantiene un’autonomia forza logica. La giurisprudenza della Corte EDU segue direttrici ermeneutiche analoghe a quelle della Corte costituzionale in relazione al diritto di difesa e alla sua effettività, lasciando all’autonomia degli Stati membri un certo margine di apprezzamento nella configurazione del diritto di accesso a un tribunale e, in particolare, nella previsione di eventuali limiti, a condizione che siano posti per uno scopo legittimo, rispettino il principio di proporzionalità e non abbiano l’effetto di rendere impossibile od oltremodo difficile l’esercizio del diritto convenzionale.” Corte Cost., sent. n. 271 del 13.12.2019. Ma del resto, neanche il Consiglio di Stato, nel parere n. 885 del 1° aprile 2016 sulla bozza del nuovo codice dei contratti pubblici, aveva mosso grandi rilievi rispetto al rito superaccelerato ammessi/esclusi. Ad ogni modo, sui limiti dell’ormai superato rito ammessi/esclusi si può ancora vedere: M.A. SANDULLI “Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici?”, op. cit. e M. LIPARI “La tutela giurisdizionale e “precontenziosa” nel nuovo Codice dei contratti pubblici?”, sempre in *Federalismi*, n. 10/2016, pp. 14 e ss. e M. SINISI “Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzia di effettività della tutela”, Torino, 2017.

⁵³ T.A.R. Lazio, Rm, sent. n. 6312 del 18.05.2022: “L’interesse strumentale al ricorso deve essere munito degli imprescindibili caratteri dell’attualità e della concretezza, la cui verifica è sempre necessaria onde evitare che la giurisdizione del G.A., da giurisdizione di tipo soggettivo (in quanto diretta alla tutela degli interessi legittimi sostanziali concretamente lesi dall’esercizio del potere) si trasformi indebitamente in una giurisdizione di tipo oggettivo nella quale l’eliminazione dell’illegittimità possa essere comunque pretesa, anche sulla base del ricorso proposto da un quisque de populo privo di una posizione soggettiva legittimante (ma titolare di un mero interesse di fatto), che sia stata effettivamente menomata dal cattivo uso del potere amministrativo.” In determinati casi l’incertezza è stata determinata da un’indebita sovrapposizione del concetto di interesse strumentale alla concezione strumentale dell’interesse legittimo.

⁵⁴ Non è a mio parere casuale che la quasi totalità delle disposizioni normative chiamate in causa dalla giurisprudenza e dalla dottrina a suffragio dell’idea secondo la quale nelle procedure concorrenziali esisterebbe un bene della vita rappresentato dal rispetto delle regole procedurali, della corretta competizione, del competere secondo qualità e dalla corretta cristallizzazione della platea dei concorrenti (raccomandazioni precontenzioso ANAC ex art. 211, comma 2 del codice dei contratti pubblici, rito superspeciale in tema di ammissioni ed esclusioni di cui all’art. 120, commi 2-bis e 6-bis c.p.a. come modificato dall’art. 204, comma 1, lett. b) del medesimo codice) – in virtù dei danni e della confusione che hanno da subito ingenerato - siano state abrogate con un’insolita premura dal legislatore.

⁵⁵ In tal senso – se ho ben compreso il pensiero dell’insigne studioso G. GRECO “Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale”, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 479 e ss.: “E si presenta così (la configurazione strumentale dell’interesse legittimo ndr.), più che come una configurazione alternativa dell’interesse legittimo, come espressione di una più ampia tutela dell’interesse legittimo finale, tutte le volte in cui, per l’atteggiarsi concreto della singola fattispecie, non sia possibile dedurre in giudizio l’intero conflitto sostanziale: si tratta in altri termini, non di una autonoma situazione soggettiva, sibbene di una forma di tutela (appunto, strumentale) dell’interesse legittimo finale, che costituisce l’ineludibile oggetto della tutela giurisdizionale ...”. Qualche perplessità resta a cagione dalla difficoltà a comprendere se l’interprete si riferisca all’interesse strumentale ovvero alla concezione strumentale dell’interesse legittimo.

con la quale – in relazione ad uno specifico procedimento – un interesse legittimo può ricevere una soddisfazione mitigata allorquando non sia possibile *ab origine* ovvero non sia più possibile in concreto ottenere (proprio in quel procedimento ed eventualmente anche a seguito dell’eventuale intervento del giudice amministrativo) la soddisfazione piena e diretta di quell’affezione al bene della vita che è il sostrato sostanziale di tutte le situazioni giuridiche soggettive.⁵⁶

Ma quell’affezione principale deve esserci necessariamente per poter desumere l’esistenza di un interesse legittimo e – a mio parere – non si riscontra con riferimento a quei soggetti che (pur se dotati di tutti i requisiti legittimanti), in realtà – per ragioni loro - non puntano ad ottenere il risultato dell’aggiudicazione e, pertanto, non produrrebbero domanda di partecipazione anche se la clausola illegittima non ci fosse. Quando l’interesse legittimo (sin dall’origine ovvero a far data da un determinato momento) può ricevere soddisfazione solo nei limiti dell’interesse strumentale, il titolare della situazione giuridica soggettiva non può o non può più raggiungere in un dato procedimento il suo obiettivo considerato meritevole di tutela dall’ordinamento ma può, tutt’al più, pretendere più modestamente un nuovo esercizio di potere nel quale giocare le sue carte.⁵⁷

⁵⁶ Ove, invece, si dovesse ritenere che vi sia un’autonomia tra interesse legittimo ed interesse strumentale in quanto i due termini del confronto farebbero riferimento a due distinti beni della vita (e vi sono interpreti che dimostrano di pensarla in questo modo: T.A.R. Trentino Alto Adige, Tn, Sez. I, sent. n. 35 del 05.03.2022: “Anche nel nostro ordinamento va riconosciuta la rilevanza di interessi eterogenei nello svolgimento delle gare pubbliche per la scelta del contraente, essendo meritevole di tutela sia l’interesse finale ad ottenere l’aggiudicazione del contratto sia l’interesse strumentale alla partecipazione ad un eventuale procedimento di gara rinnovato”), non si giustificerebbe quel condivisibile orientamento giurisprudenziale secondo il quale il soggetto legittimamente escluso in via definitiva da un confronto concorrenziale non è legittimato a muovere contestazioni agli atti della procedura (C.d.S., Sez. V, sent. n. 937 dell’01.02.2021: “Anche se nelle gare pubbliche di appalto è di regola sufficiente l’interesse strumentale del partecipante ad ottenere la riedizione della gara stessa, un tale interesse non sussiste in capo al soggetto legittimamente escluso dato che, per effetto dell’esclusione, egli rimane privo non soltanto del titolo legittimante a partecipare alla gara ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle scansioni procedurali; di conseguenza il consolidamento della esclusione dalla procedura di gara rende inammissibile per difetto di legittimazione l’impugnativa dell’aggiudicazione e, più in generale, di tutti i successivi atti della procedura.”). Se interesse legittimo e interesse strumentale avessero ad oggetto differenti beni della vita si potrebbe, infatti, ritenere che l’esclusione inciderebbe esclusivamente sull’interesse legittimo mentre non impedirebbe l’attivazione dell’interesse strumentale. Ad ogni modo, la questione sull’impossibilità di muovere contestazioni in capo al soggetto definitivamente escluso in maniera legittima da una procedura non trova pace. Infatti, alcuni mesi fa, la prima Sezione del T.A.R. Lombardia MI – con ordinanza n. 25 del 07.01.2022 ha rimesso alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea i seguenti quesiti: 1) “se l’articolo 1 paragrafo 3 della direttiva 89/665 osta a che un concorrente definitivamente escluso da una procedura di scelta del contraente, sia negata la possibilità di ricorrere avverso il diniego di annullamento dell’aggiudicazione, quando intenda dimostrare che l’aggiudicatario, e tutti gli altri concorrenti utilmente graduati, avevano commesso un grave illecito professionale, consistente nell’aver stipulato accordi anticompetitivi, accertati in sede giurisprudenziale solo successivamente alla sua esclusione, e ciò al fine di conseguire la possibilità di partecipare alla riedizione della procedura; 2) “se l’articolo 1 paragrafo 3 della direttiva 89/665 e i principi eurounitari in tema di tutela della concorrenza ostino a che sia precluso al giudice amministrativo lo scrutinio del ricorso presentato da un concorrente definitivamente escluso da una procedura di gara di scelta del contraente, avverso il diniego di autotutela della stazione appaltante, rispetto agli atti di ammissione e di aggiudicazione in favore di concorrenti che abbiano stipulato accordi anticompetitivi, accertati in sede giurisdizionale, nello stesso settore della procedura?”.

⁵⁷ E’ questo il motivo per il quale, il giudice amministrativo – alla luce del principio di effettività della tutela - quando annulla una procedura di gara o di concorso in ragione della presenza di clausole impeditive della partecipazione dovrebbe anche condannare l’Amministrazione resistente ad avviare una nuova procedura depurata dagli elementi di illegittimità che hanno portato all’annullamento della precedente.

Questo, però, non significa che l'interesse strumentale consista nel riconoscimento di una nuova situazione di interesse legittimo nell'ambito di un mondato procedimento al di là da venire. L'interesse strumentale non è un elemento futuribile⁵⁸ e, del resto, si rivelerebbe altrimenti pari al nulla se solo si considerasse che in una successiva, ipotetica nuova procedura l'operatore economico avrebbe già comunque un interesse legittimo a prescindere dall'esito favorevole di un eventuale previo giudizio.

Ci si deve, in sostanza, confrontare sulla circostanza che l'ordinamento permette che in tutti i casi in cui l'interesse legittimo viene ricondotto al concetto di interesse strumentale l'affezione al bene della vita che è alla base della situazione giuridica soggettiva considerata meritevole di tutela riceve una tutela depotenziata nei suoi effetti.

In relazione alle clausole oggetto di approfondimento, l'interesse strumentale può manifestarsi o dall'apice soggettivo dello specifico episodio di esercizio di potere o in una fase successiva dello stesso.

Dall'apice, con riferimento a quelle clausole escludenti che precludono in radice la possibilità di predisporre e presentare una domanda di partecipazione; da un secondo momento, allorquando – in una procedura che presenta clausole escludenti che, però, non precludono in assoluto la formulazione di un'offerta – non sia più possibile presentare la domanda di partecipazione.

In presenza di quelle clausole escludenti che non incidono in maniera preclusiva sulla concreta possibilità di elaborare e produrre un'offerta, l'interesse legittimo non può, invece, che mirare all'aggiudicazione e, solo allorquando ciò non sia più possibile, per esso è prevista una soddisfazione ridimensionata consistente nel diritto all'indizione di una nuova procedura.

Differentemente, quando le clausole escludenti precludono alla radice la possibilità di presentare un'offerta, l'interesse legittimo ha sin da subito le caratteristiche dell'interesse strumentale e, in virtù di tale conformazione, (come succede nel caso in cui, pur a fronte di clausole limitative che non precludono la possibilità di presentare un'offerta, sia divenuta ormai impossibile tale presentazione) non permette la soddisfazione diretta della tensione al bene della vita.

In sostanza, l'interesse legittimo, sia quando presenta sin dall'origine le fattezze dell'interesse strumentale che quando assume queste caratteristiche nel corso di un procedimento, non contempla in sé la possibilità di raggiungere in maniera diretta e piena il bene della vita che è alla sua base.

⁵⁸ Contrariamente a quanto a volte si pensa, l'interesse strumentale si palesa all'interno di un singolo episodio di esercizio di potere e non ha alla base il desiderio di potersi aggiudicare una procedura al di là da venire ma, al contrario, proprio l'affezione rispetto alla possibilità di divenire aggiudicatario nell'ambito di quel singolo episodio di esercizio di potere. In sostanza, la circostanza che - in determinati casi - la modalità con la quale l'ordinamento sceglie di garantire quell'interesse prevedono sin dall'inizio il (o virano nel corso della procedura sul) diritto a concorrere ad una nuova procedura non giustifica l'idea secondo la quale l'interesse strumentale avrebbe ad oggetto una situazione giuridica soggettiva in una nuova, interamente legittima procedura di là da venire. Un'idea del genere strapperebbe indebitamente l'interesse strumentale dalla sede in cui esso si manifesta.

Ed in questo contesto – eccezionalmente - la situazione giuridica soggettiva o non presenta sin dall'origine o perde nel corso del procedimento quelle potenzialità realizzative *hic et nunc* che rappresentano un elemento particolarmente caratterizzante dell'interesse legittimo; con riferimento a questa seconda ipotesi, bisogna prendere atto che lo “scorrere” dell'attività amministrativa può finire col produrre effetti modificativi *in pejus* sulle modalità con le quali può essere in concreto soddisfatta in via giurisdizionale quell'affezione al bene della vita che rappresenta il sostrato della figura giuridica soggettiva.

Ciò posto, non nascondo che, mentre – come anticipato – a fronte di clausole limitative che comunque permettono agli operatori economici di elaborare e produrre una domanda di partecipazione possono probabilmente individuarsi degli strumenti in grado di permettere al giudice di verificare che il ricorrente sia realmente titolare di un interesse legittimo, tale possibilità diventa veramente ardua se non impossibile in quelle situazioni in cui clausole limitative precludono in radice la possibilità di presentare la domanda di partecipazione.

Nel concludere sul punto – posto che, come evidenziato, la gran parte delle incertezze che sono nel tempo emerse sul tema dell'interesse strumentale si sono generate anche in ragione della doppia confusione terminologica: interesse legittimo/interesse strumentale, da un lato, e interesse a ricorrere/interesse strumentale, dall'altro - mi permetto di suggerire un metodo che potrebbe contribuire ad interrompere la deleteria spirale: probabilmente, a tal fine, sarebbe utile iniziare a chiamare non più “interesse strumentale” ma “opportunità strumentale” quella modalità (depotenziata) con la quale – all'interno di uno specifico procedimento – un interesse legittimo può ricevere una soddisfazione mitigata allorquando non sia possibile *ab origine* ovvero non sia più possibile in concreto ottenere soddisfazione piena e diretta di una determinata affezione ad un bene della vita.

4. Impossibilità di desumere l'esistenza di interesse legittimo pretensivo dalla circostanza che un interesse semplice può, in via teorica, trovare soddisfazione anche risarcitoria nel processo amministrativo

Sin qui si è sostenuto che non tutti i soggetti che dispongono di tutti i requisiti necessari per partecipare ad un concorso piuttosto che ad una procedura di gara sono in concreto titolari di un interesse legittimo pretensivo, in quanto l'esistenza di tale situazione giuridica soggettiva può essere riscontrata solo in coloro che hanno un reale intendimento a prendere parte alla procedura di gara o di concorso.

Da ciò deriva che i soggetti dotati di tutti i requisiti indispensabili per prendere parte ad un concorso ovvero ad una procedura di gara che, però, non hanno intenzione di cimentarsi nel confronto non sarebbero titolari di un interesse legittimo in quanto non direttamente coinvolti nella procedura.

Quanto detto potrebbe, forse, apparire banale ma tanto banale non è se si considera che, in presenza di clausole escludenti che precludono in radice la possibilità di formulare e presentare la propria candidatura, non è per niente facile per il giudice comprendere se ci si trova davanti ad un soggetto titolare di interesse legittimo (evidentemente colorato sin da subito da interesse/opportunità strumentale) oppure no.

Posto che nel quadro ordinamentale generale, di fatto, anche chi non ha mai avuto intenzione di concorrere alla competizione può raggiungere un risultato costitutivo di annullamento e, eventualmente, anche un risarcimento per equivalente pur non essendo titolare di un interesse legittimo, questa obiettiva difficoltà potrebbe indurre qualcuno a ritenere che forse in tali casi l'interesse legittimo ci sia.

Se un interesse può raggiungere una sentenza di annullamento ed, eventualmente, anche una pronuncia di risarcimento del danno per equivalente vorrebbe dire che quell'interesse avrebbe le stimmate dell'interesse legittimo.

Ebbene, non è così.

Non è la tutelabilità in giudizio a conferire ad un'affezione ad un bene della vita i caratteri dell'interesse legittimo. Quest'ultimo nasce in via astratta in contemporanea al conferimento di un determinato potere, ma si attualizza nel momento in cui parte (ovvero nel momento in cui si chiede che parta) la vicenda di esercizio di quel potere.

5. Possibili effetti pregiudizievoli di una tutela cautelare pur ispirata all'effettività

Il comportamento “conformatore” del giudice pugliese già in sede cautelare – oltre ad incidere indebitamente dall'esterno sulla definizione progressiva della domanda di giustizia – presenta anche un'ulteriore criticità consistente nel rischio di rendere per il ricorrente più difficoltosa del dovuto l'aggiudicazione.

Come già anticipato, il primo decreto cautelare intervenuto nella vicenda a soli tre giorni dalla scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione ha dato facoltà al ricorrente di presentare la sua domanda di partecipazione prescindendo dai requisiti oggetto di contestazione, ma non ha disposto uno slittamento (eventualmente anche solo soggettivo) del predetto termine.

Anche a voler prescindere dal fatto che il ricorrente (come già visto) aveva chiesto l'annullamento dell'intera procedura e non delle sole clausole illegittime, non si può non notare come il provvedimento monocratico, pur se certamente ispirato dalla sincera volontà di rendere effettiva per il ricorrente la possibilità di ottenere l'aggiudicazione (vale a dire l'unico bene della vita considerato meritevole di tutela in vicende di tal fatta), in fin dei conti – non disponendo uno slittamento del termine per la presentazione delle candidature – gli abbia creato un ostacolo importante proprio rispetto al conseguimento dell'aggiudicazione.

In virtù delle caratteristiche della sua richiesta di giustizia – sul piano cautelare - il ricorrente sperava certamente in una sospensione del bando e sicuramente non si aspettava di ottenere un “lasciapassare” che, del resto, non aveva richiesto.

Sta di fatto che – in ragione di quanto disposto nel primo decreto cautelare – il ricorrente (il quale sino a quel momento – avendo deciso di chiedere l’annullamento dell’intera procedura – non si era in alcun modo attivato per predisporre adeguatamente tutta la documentazione di gara) è stato, in concreto, costretto a confezionare tale documentazione in soli tre giorni, con tutte le limitazioni in termini di approssimazione e di inevitabile superficialità connesse ad un tempo così ristretto.

Costringere un operatore economico a confezionare in soli tre giorni un’offerta sulla quale, di regola, si lavora per settimane intere rappresenta paradossalmente uno strumento che, in luogo di rendere possibile la soddisfazione della situazione giuridica soggettiva tutelata dall’ordinamento, la mette seriamente a repentaglio.

Queste considerazioni critiche, evidentemente, non ci sarebbero state se il giudice pugliese, accanto al “lasciapassare” di cui si è già detto, avesse disposto un congruo slittamento (anche solo soggettivo) del termine per presentare la domanda di partecipazione.

6. Ruolo della domanda di partecipazione e doverosa graduazione delle richieste di giustizia

Nei paragrafi precedenti si è sostenuto che i provvedimenti cautelari emessi dal giudice pugliese possono essere, probabilmente, interpretati come strumenti (forse inadeguati) posti in essere per raggiungere un risultato condivisibile con riferimento a ragioni di effettività (sostanziale) della tutela.⁵⁹

La sensazione, infatti, è quella che, in questa vicenda, una finalità addirittura necessaria (il riscontro dell’esistenza dell’interesse legittimo), sia stata perseguita con un metodo oggettivamente censurabile ma che, forse, potrebbe anche rappresentare, allo stato, l’unico strumento effettivamente utilizzabile alla bisogna.

La circostanza (già evidenziata) che l’ordinamento non contenga una disposizione di legge che, di fatto, precluda – quando questo sia ancora possibile – che un operatore economico o un potenziale concorrente chieda l’annullamento del bando contenente una clausola escludente in assenza di un vero interesse legittimo, al solo fine di provare a lucrare un possibile risarcimento per equivalente potrebbe indurre a ritenere che, per raggiungere tale finalità anti-speculativa, sarebbe necessario l’inserimento nel codice del processo amministrativo di una disposizione che, di fronte a clausole escludenti che non precludono in

⁵⁹ Solitamente gli interpreti chiamano in causa il principio di effettività della tutela in un’ottica pretensiva volta a stigmatizzare decisioni giurisdizionali che soddisfano solo in parte le legittime pretese di giustizia dei ricorrenti; con riferimento all’effettività della tutela, vi è, però, evidentemente, anche un’altra faccia della medaglia consistente nell’assicurare la tutela del giudice amministrativo solo alle situazioni per le quali la predetta tutela è pensata e predisposta.

radice la possibilità di elaborare e produrre un'istanza di partecipazione, la possibilità di chiedere l'annullamento (nelle modalità che verranno innanzi dettagliate) ed il risarcimento del danno siano condizionati alla previa presentazione di una domanda di partecipazione.

A onor del vero, sono convinto che questa necessità non ci sia; il nostro ordinamento amministrativo, infatti, già prevede tre situazioni nelle quali il comportamento (in ipotesi anche processuale) del ricorrente può determinare un effetto limitativo o addirittura estintivo del suo diritto ad un indennizzo o al risarcimento del danno per equivalente.

Tutte e tre le situazioni hanno un aggancio normativo espresso; la prima è contenuta nel comma 1-bis dell'art. 2-bis della legge 241 del 1990 nella parte in cui – in determinati casi di silenzio non significativo – condiziona il diritto del privato ad ottenere un indennizzo all'attivazione, entro il termine di venti giorni dalla scadenza del termine per la conclusione del procedimento, del sostituto decidente di cui all'art. 2, comma 9-bis della medesima legge.⁶⁰

Le seconda si riferisce alla disposizione contenuta nell'art. 30 del c.p.a. che ha introdotto il principio secondo il quale la previa richiesta di annullamento del provvedimento rappresenta un comportamento valorizzabile in un eventuale giudizio autonomo di richiesta di risarcimento del danno prodotto dalla lesione di un interesse legittimo.⁶¹

La terza è inserita nell'art. 124 del medesimo codice, in virtù del quale è quantomeno opportuno che il ricorrente, prima di richiedere il risarcimento del danno per equivalente connesso alla mancata aggiudicazione in suo favore, chieda al giudice proprio l'aggiudicazione ed il subentro nel contratto già sottoscritto.⁶²

In casi isolati, il giudice amministrativo – in maniera a mio parere inappropriata ed eccessiva – ha sostenuto che addirittura la mancata allegazione da parte del ricorrente di una richiesta cautelare rappresenterebbe un comportamento valutabile in un'ottica di riduzione o esclusione del danno patito dal ricorrente a causa dell'illegittimità dell'azione amministrativa.⁶³

⁶⁰ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, sent. n. 4433 del 29.04.2020: *“Ai fini del riconoscimento del diritto all'indennizzo da ritardo della p.a., pur non essendo richiesta la dimostrazione degli elementi costitutivi della responsabilità extracontrattuale (prova del danno, del comportamento colposo dell'Amministrazione, del nesso di causalità), tuttavia, una volta scaduti i termini per la conclusione del procedimento, l'istante, entro la scadenza perentoria dei successivi 20 giorni, deve ricorrere all'autorità titolare del potere sostitutivo di cui all' art. 2, comma 9 bis, l. n. 241/1990 , richiedendo l'emanazione del provvedimento non adottato. L' art. 28, comma 2, d.l. n. 69/2013, richiede espressamente, quale condizione per avanzare domanda di indennizzo da ritardo, l'immediata sollecitazione di tale potere sostitutivo.”*

⁶¹ Sul tema, C.d.S., Sez. V, sent. n. 962 del 02.02.2021: *“L' art. 30 del D. Lgs. n. 104/2010 sancisce la regola secondo cui qualora il danneggiato tenga una condotta, anche processuale, contraria al principio di buona fede e al parametro della diligenza, comportando la produzione di danni che altrimenti sarebbero stati evitati, deve considerarsi reciso il nesso causale che deve legare la presunta condotta antiggiuridica alle conseguenze risarcibili.”*

⁶² In argomento: C.d.S., Sez. VI, sent. n. 407 del 29.01.2015: *“L'articolo 124 del codice del processo amministrativo attribuisce valenza alla mancata proposizione della domanda di conseguire l'aggiudicazione o della mancanza di disponibilità al subentro nel contratto ai fini della valutazione del concorso di colpa del creditore ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile.”*

⁶³ C.d.S., Sez. V, sent. N. 2174 del 15.03.2021: *“L'omessa attivazione degli «strumenti di tutela», tra i quali non può non ricomprendersi il rimedio cautelare, costituisce, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, dato valutabile, alla stregua del canone*

Com'è ampiamente noto, la seconda disposizione ha ricevuto (e non a torto) robuste critiche essenzialmente incentrate sul fatto che, con essa, il legislatore statale – pur non introducendo in maniera esplicita nel codice la pregiudizialità tra azione costitutiva ed azione risarcitoria – nei fatti, ha finito con il rinnegare quel principio di assoluta autonomia tra le due anzidette azioni che, con ogni probabilità, rappresentava uno degli elementi di maggior pregio della storica sentenza delle sezioni unite civili della Cassazione n. 500 del 1999.

Per quanto riguarda, invece, l'art. 124, se è vero che esso nasce esplicitamente per “uccidere in culla” qualsivoglia intento speculativo del concorrente che illegittimamente non è stato individuato come aggiudicatario e che, pertanto, intenderebbe ottenere un risarcimento senza farsi carico dello svolgimento della commessa, è altrettanto vero che l'articolo in questione, secondo l'opinione della quasi unanime giurisprudenza, ha introdotto il principio della rilevanza del comportamento processuale negligente del ricorrente nell'ambito dello scrutinio della sua domanda di risarcimento per equivalente.⁶⁴

Questo sta a significare che – con ogni probabilità – anche il comportamento negligente di un operatore economico che, non esplicitando il suo desiderio di prendere parte alla procedura e non mettendosi effettivamente nelle condizioni per farlo, si limiti a contestare la *lex specialis* di gara e a chiederne l'annullamento nella sua interezza in virtù del fatto che una o più delle sue disposizioni gli precludono (a sua detta in maniera illegittima) la possibilità di vincere senza però impedirgli di elaborare e presentare l'istanza di partecipazione, potrebbe costituire un elemento idoneo a condizionare in maniera limitativa la valutazione del giudice sulla richiesta di risarcimento danni per equivalente presentata dall'operatore economico contestualmente o successivamente, provando in tal modo l'effettiva esistenza del suo interesse.

Pertanto, per soddisfare la condivisibile esigenza di evitare che gli operatori economici illegittimamente esclusi da una procedura di gara chiedano l'annullamento dell'intera procedura solo ed esclusivamente in un'ottica speculativa che si traduce nel far seguire ad una domanda di annullamento dell'intera procedura la richiesta di un risarcimento del danno per equivalente, potrebbe non essere necessaria l'introduzione nel codice del processo amministrativo di una disposizione puntuale che permetta ai predetti operatori di chiedere al giudice il risarcimento per equivalente solo allorquando abbiano dimostrato (o dimostrino) di

di buona fede e del principio di solidarietà, ai fini della mitigazione e finanche dell'esclusione del danno in quanto evitabile con l'ordinaria diligenza.”

⁶⁴ Sul tema, C.d.S., Sez. V, sent. n. 3402 del 05.06.2018: “La rilevanza sostanziale delle condotte negligenti, eziologicamente pregnanti, è confermata dall'articolo 124 del Cpa il cui comma 2, recando un riferimento esplicito alla normativa civilistica, stabilisce che la condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1 (ossia, la domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto) o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto è valutata dal Giudice ai sensi dell' articolo 1227 del codice civile; pertanto, dall'esame coordinato delle richiamate disposizioni si evince che il legislatore, se da un lato non ha recepito il modello della pregiudizialità processuale della domanda di annullamento rispetto a quella risarcitoria, dall'altro ha mostrato di apprezzare la rilevanza causale dell'omessa impugnazione tempestiva (o comunque dell'omessa attivazione degli ordinari rimedi tipici esistenti) che abbia consentito la consolidazione dell'atto e dei suoi effetti dannosi.”.

aver impiegato tutti i mezzi a loro disposizione per riuscire a partecipare alla gara nonostante la clausola preclusiva ed, eventualmente, di non esserci riusciti per ragioni a loro non riconducibili.

Se si concorda con l'idea secondo la quale gli articoli 30 e 124 del c.p.a. rappresentano l'espressione di un principio generale secondo il quale la tutela per equivalente costituisce un'*extrema ratio* percorribile solo nel caso in cui il ricorrente abbia inutilmente fatto tutto ciò che rientrava nelle sue possibilità per mettersi comunque nelle condizioni di partecipare (eventualmente anche sotto riserva) a seguito di un ipotetico pronunciamento cautelare ovvero di merito del giudice amministrativo, non viene difficile ritenere che l'atteggiamento di un operatore economico che, di fronte ad una clausola della *lex specialis* di gara che gli preclude la partecipazione, non agisce secondo la predetta logica costruttiva potrebbe inverare quel *deficit* di diligenza che legittima il predetto giudice a contenere ovvero addirittura ad escludere il suo diritto ad un risarcimento dei danni per equivalente.

Se così fosse, il giudicante non sarebbe costretto a “spingere” il giudizio ed il ricorrente verso contestazioni che – determinando una modifica etero ispirata del *thema decidendum* – appaiono funzionali a contenere la tutela risarcitoria ai soli casi di operatori economici effettivamente danneggiati da una clausola che realmente impedisce loro di partecipare ad una procedura alla quale loro avrebbero legittimamente partecipato (ovvero ancora parteciperebbero) ove non vi fosse stata la predetta clausola. Ed è su questi presupposti che andrebbero ripensati – in contesti del genere – tanto il ruolo della domanda di partecipazione quanto il modo in cui si dovrebbe articolare la domanda di giustizia.

Rispetto al primo punto va detto che – sulla base di quello sin qui proposto - di fronte a clausole escludenti che tuttavia (nonostante la loro illegittimità) non precludono in radice la possibilità di elaborare e presentare un'offerta, la domanda di partecipazione alla procedura rappresenta oggettivamente l'unico strumento per dimostrare la titolarità di un interesse legittimo pretensivo.

Gli operatori economici ed i potenziali partecipanti ad un concorso dovranno, pertanto, analizzare le clausole escludenti e potranno esimersi dal presentare la loro domanda di partecipazione solo nel momento in cui si dovessero avvedere che l'illegittimità che connota quelle clausole rende in radice del tutto impossibile predisporre e presentare una domanda di partecipazione.⁶⁵

Quando la situazione non è così grave, a mio parere la presentazione dell'istanza di partecipazione costituisce un elemento cardine per poter dimostrare all'Amministrazione resistente ed al giudice l'effettiva titolarità di un interesse legittimo pretensivo.

⁶⁵ La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea appare leggermente meno esigente nel momento in cui afferma che l'onere di presentare previamente la propria domanda di partecipazione non sussisterebbe anche quando si vanno a contestare prescrizioni del bando in virtù delle quali le possibilità di conseguire l'aggiudicazione sarebbero sostanzialmente nulle.



E si badi, non si tratta di una questione processuale inerente all'interesse a ricorrere ma, al contrario, di una questione sostanziale attinente alla verifica della riscontrabilità in capo al ricorrente di una situazione giuridica soggettiva tutelata dall'ordinamento.⁶⁶

La necessità di produrre la domanda di partecipazione procede, poi, di pari passo con la doverosità di articolare la domanda di giustizia secondo un ordine ben preciso. Chiedere l'annullamento unicamente delle clausole escludenti, evidentemente non ha il medesimo significato ed effetto di agire per l'annullamento dell'intera procedura.

Un soggetto che si trova nella condizione più volte dettagliata, nel momento in cui – invece di chiedere l'eliminazione delle sole clausole escludenti – senza produrre l'istanza di partecipazione (pur potendola presentare), agisce direttamente per ottenere l'annullamento dell'intera procedura, genera un legittimo sospetto sulla sua effettiva titolarità di un interesse legittimo.

Anche perché – pur se fosse veramente titolare di un interesse legittimo – con il suo comportamento determinerebbe un depotenziamento delle possibilità realizzative della sua situazione giuridica soggettiva assegnandole direttamente i connotati dell'interesse strumentale.

In ragione di quanto sin qui evidenziato, si può probabilmente affermare che – proprio al fine di dimostrare la sua titolarità di un interesse legittimo pretensivo – il soggetto che dispone di tutti i requisiti per prendere parte ad un confronto concorrenziale, ma non può farlo in ragione della presenza di una clausola illegittima che (pur non essendo del tutto impeditiva della possibilità di redigere e presentare un'offerta) risulta di fatto escludente, nel momento in cui si attiva per ottenere giustizia dal giudice amministrativo, dovrebbe concentrare la sua richiesta di annullamento esclusivamente con riferimento alla predetta clausola escludente e chiedere solo in subordine l'annullamento dell'intera procedura.

⁶⁶ Nel caso di inserimento di clausole escludenti diverse da quelle normativamente identificate che però non precludono a monte la possibilità di impugnarle, la soluzione proposta mi sembra anche più lineare rispetto a quella (leggermente arzigogolata) con la quale l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato - rifacendosi alla nullità sancita dall'art. 83, comma 8 del c.c.p. - ha, di recente, risolto il problema della loro mancata contestazione in via immediata: C.d.S., Ad. Pl. n. 22 del 16.10.2020.