

CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA – Sentenza 29 gennaio 2003 n. 1 - Pres. de Roberto, Est. Pajno - Comune di Aversa (Avv. A. Romano) c. Zecchina Costruzioni S.p.a. (Avv. G. Marone) e Impresa di Costruzioni Ing. Marino e C. S.p.a. (n.c.) - (conferma T.A.R. Campania-Napoli, Sez. I, 10 febbraio 1999, n. 340 - la questione era stata rimessa all'Ad. Plen. con ordinanza della Sez. V, 6 maggio 2002, n. 2406, in questa *Rivista* n. 5-2002 ed ivi ult. riferimenti).

FATTO

Con deliberazione n. 206 del 21 marzo 1991 il Comune di Aversa approvava il progetto dell'opera pubblica concernente la sistemazione dell'emissario delle acque dei Comuni di Parete, Lisciano, Aversa – ovest, Trentole-Ducenta e Frignano.

Con successivo bando, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 14 agosto 1991, l'Amministrazione indicava la gara per l'aggiudicazione dell'appalto, per un valore a base d'asta di vecchie Lire 31.150.000, stabilendo le prescrizioni della procedura selettiva.

Con lettera di invito del 7 novembre 1991 venivano adottate ulteriori prescrizioni della *lex specialis* della gara, le quali, tra l'altro, stabilivano che:

- l'aggiudicazione sarebbe avvenuta, con esclusione delle offerte in aumento, in favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tenendo conto, in ordine di importanza, del valore tecnico dell'opera (fino a punti 50), del prezzo complessivo (punti 33), del tempo di esecuzione (punti 17);
- in variante al progetto dell'Amministrazione, in concorrente avrebbe potuto redigere un altro progetto, contenuto nell'importo a base d'asta.

Veniva, infine, prescritto, con la lettera di invito, che "saranno considerate anomale le offerte che presenteranno una percentuale di ribasso superiore alla media delle percentuali delle offerte ammesse, incrementate dai valori del 7%".

Alla gara venivano ammesse quattro imprese. La Commissione tecnico – amministrativa, dopo aver vagliato i progetti, procedeva all'esame delle offerte economiche, ai fini della valutazione dell'anomalia e dell'assegnazione dei punteggi.

Veniva, così, giudicata anormalmente bassa l'offerta dell'Associazione Temporanea di Imprese Zecchina, che aveva presentato un ribasso del 14,38%. Con delibera della Giunta Municipale del 27 settembre 1993 il Comune approvava definitivamente gli atti di gara, aggiudicando l'appalto all'ATI Marino – Icor – Brancaccio, classificata al primo posto nella graduatoria.

La Zecchina Costruzioni S.p.a., agendo in proprio e quale mandataria dell'ATI Zecchina Costruzioni S.p.a. – Ing. Della Gatta S.p.a., e l'Ing. Della Gatta Sp.a. impugnava allora, con ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, la predetta delibera di aggiudicazione del Comune di Aversa, la deliberazione della Giunta Municipale n. 555 del 3 agosto 1993, con cui erano stati approvati i verbali della Commissione tecnico amministrativa preposta all'espletamento della gara e la relativa graduatoria di merito, la delibera della Giunta n. 626 del 24 agosto 1993, di rettifica della precedente, il provvedimento del seggio di gara con cui era stata disposta l'aggiudicazione provvisoria, i verbali della Commissione, il bando di gara e la lettera di invito n. 37278 del 7 novembre 1991.

Costituitosi il contraddittorio, veniva, tra l'altro, eccepita dall'ATI controinteressata sia la mancata, tempestiva impugnazione della *lex specialis* della gara, che l'improcedibilità del gravame per l'intervenuta ultimazione dei lavori.

Con sentenza n. 340 del 10 febbraio 1999 il TAR della Campania rigettava entrambe le eccezioni pregiudiziali. Quanto alla lamentata tardività dell'impugnazione della disciplina della gara, il Tribunale richiamava il prevalente indirizzo giurisprudenziale in forza del quale, nell'applicazione delle norme contenute nei bandi di gara, le prescrizioni illegittime non attinenti all'ammissione dei singoli concorrenti manifestano la loro valenza lesiva soltanto allorché le stesse operino negativamente per i partecipanti, ed osserva che, nel caso sottoposto al suo esame, le disposizioni oggetto di censura non precludevano l'ammissione della ricorrente alla procedura concorsuale, non le impedivano di presentare una offerta né, tantomeno ne rendevano certa l'esclusione, ove recante il maggior ribasso. Il meccanismo dell'esclusione automatica era destinato ad operare nella sola eventualità in cui risultassero prodotte offerte con un ribasso superiore di sette punti alla media aritmetica di tutte le offerte ammesse, sicché la ricorrente aveva tempestivamente proposto il ricorso giurisdizionale nel momento in cui l'ente appaltante ne aveva considerato anomala l'offerta e l'aveva esclusa dalla gara.

Con riferimento, poi, all'eccezione di improcedibilità per l'avvenuta esecuzione dell'opera pubblica, il TAR osservava che la stessa doveva essere ritenuta infondata, dal momento che l'interesse all'annullamento del provvedimento lesivo non era escluso dalla circostanza che il medesimo avesse esaurito i propri effetti, potendo il ricorrente, se del caso, ottenere in altra sede il ristoro dei danni subiti. L'interesse all'impugnazione poteva, infatti, ben consistere non solo nell'utilità finale, conseguente all'annullamento del provvedimento, ma anche, nella prospettiva di una tutela di tipo risarcitorio, nel definitivo accertamento dell'illegittimità dell'esclusione. Il TAR sottolineava, peraltro, che sovente la giurisprudenza del giudice amministrativo aveva ritenuto sufficiente, ai fini della procedibilità del ricorso, l'esistenza di un mero interesse morale.

Nel merito, il Tribunale accoglieva il ricorso, osservando che l'esclusione automatica dell'offerta anomala non poteva essere disposta in presenza soltanto di quattro offerte valide, in quanto il decreto legge 2 marzo 1989 n. 65, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie, prevedeva tale possibilità in via transitoria, ma solo in presenza di almeno quindici offerte valide.

La pronuncia di primo grado veniva impugnata, con ricorso al Consiglio di Stato, dal Comune di Aversa, che, a sostegno del gravame prospettava le seguenti doglianze:

1) Il TAR avrebbe dovuto accogliere, in quanto fondata, l'eccezione concernente l'omessa tempestiva impugnazione del bando.

2) Avrebbe dovuto essere accolta anche l'eccezione di improcedibilità del ricorso a causa dell'avvenuta esecuzione dell'opera pubblica. Andrebbe, infatti, dichiarato improcedibile il ricorso proposto avverso l'aggiudicazione di un contratto di appalto di opere pubbliche se, nelle more del giudizio, l'opera risulti realizzata e non venga provata l'esistenza di uno specifico interesse di carattere morale all'annullamento delle impuginate aggiudicazioni.

Le società ricorrenti non potrebbero conseguire alcun effetto automatico dall'accoglimento del ricorso; questo infatti, non comporterebbe l'effetto automatico dell'aggiudicazione della gara, ma la mera rinnovazione del procedimento, peraltro preclusa dall'avvenuta totale esecuzione dell'opera pubblica. Non sussisterebbe, d'altra parte, un interesse a coltivare una iniziativa di tipo risarcitorio ai sensi della legge n. 142 del 1992; la gara sarebbe stata, infatti, bandita in una epoca antecedente all'entrata in vigore dell'art. 130 della legge n. 140 del 1992.

3) Erroneamente il Tribunale avrebbe ritenuto fondata la censura concernente la mancanza del numero minimo delle offerte richieste dalla legge in applicazione dell'esclusione automatica delle offerte anomale.

L'Amministrazione avrebbe fatto applicazione delle clausole contenute nel bando e nella lettera di invito concernente la procedura automatica di esclusione, indipendentemente dal numero di offerte ammesse.

Dagli atti di gara emergerebbe, peraltro, che l'Amministrazione comunale, prima di procedere all'approvazione degli atti della Commissione giudicatrice, con delibera della Giunta n. 626 del 24 agosto 1995, avrebbe disposto che, in esecuzione dell'art. 8 della lettera di invito, il seggio di gara procedesse all'aggiudicazione in contraddittorio con i rappresentanti delle imprese partecipanti. In data 10 settembre 1993 il seggio di gara si sarebbe riunito ed avrebbe dato comunicazione alle imprese partecipanti delle operazioni della Commissione e delle risultanze della gara, ivi compresa l'accertata anomalia della offerta dell'ATI Zecchina – Della Gatta.

In tale occasione l'Ing. Della Gatta avrebbe svolto specifiche controdeduzioni in merito all'anomalia dell'offerta, che non sarebbero state condivise dal seggio di gara e dall'Amministrazione comunale. L'esclusione definitiva della gara dell'ATI appellata sarebbe intervenuta dopo che la stessa aveva fornito le proprie controdeduzioni.

Nel secondo grado del giudizio si sono costituite la s.p.a. Zecchina Costruzioni, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'ATI Zecchina Costruzioni S.p.a. – Ing. Della Gatta s.p.a., nonché la S.p.a. Ing. Della Gatta che, con apposite memorie hanno analiticamente contestato il fondamento del gravame.

Con ordinanza n. 2406 del 6 maggio 2002 la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha disposto la rimessione all'Adunanza Plenaria della decisione dell'appello. Con l'ordinanza la Quinta Sezione, dopo aver diffusamente illustrato gli indirizzi giurisprudenziali e dottrinari in proposito formati, ha ritenuto di rilevante importanza – e per tale ragione rimesse all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato – le seguenti questioni:

se l'intervenuta integrale esecuzione dell'appalto renda inammissibile o improcedibile il ricorso per l'annullamento dell'aggiudicazione, ferma restando la proponibilità e la perseguibilità dell'azione risarcitoria;

se le clausole dei bandi di gara o di concorso delle lettere di invito, diverse da quelle riguardanti i requisiti di partecipazione alla procedura selettiva, debbano essere impugnati entro il termine decorrente dalla loro conoscenza legale o se, invece, possano essere impugnate con l'atto applicativo, che conclude, per l'interessato, la procedura selettiva.

se le clausole dei bandi di gara o di concorso della lettera di invito possano essere disapplicate dal giudice in

caso di contrasto con il diritto comunitario.

Con apposita memoria il Comune di Aversa ha ulteriormente illustrato le proprie ragioni.

DIRITTO

1. Deve, innanzi tutto, essere osservato che con l'ordinanza n. 2406 del 6 maggio 1992 la Quinta Sezione, investita della decisione dell'appello interposto dal Comune di Aversa avverso la sentenza del Tribunale Amministrativo regionale della Campania, ha rimesso all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato una serie di importanti questioni, concernenti la portata dell'onere di immediata impugnazione delle clausole dei bandi di gara diverse da quelle riguardanti i requisiti di partecipazione alla procedura selettiva, la possibilità per il giudice amministrativo di disapplicare clausole del bando di gara o di concorso eventualmente in contrasto con il diritto comunitario, e la rilevanza dell'intervenuta realizzazione dell'opera pubblica oggetto dell'appalto ai fini della procedibilità del ricorso proposto avverso l'esclusione od il diniego di aggiudicazione.

Si tratta di questioni, in relazione alle quali si sono già verificati o potrebbero verificarsi contrasti giurisprudenziali, e la cui soluzione appare collegata alle questioni preliminari o risolte negativamente nella sentenza del TAR della Campania, e riproposte nel secondo grado del giudizio del Comune appellante con i primi due motivi di gravame. In particolare, la necessità di procedere alla soluzione di tutte le questioni prospettate e diffusamente illustrate, ovvero soltanto di alcune di esse, è legata alle diverse opzioni interpretative e ricostruttive possibili ai fini della decisione dei primi due motivi di impugnazione.

La Quinta Sezione ha, sotto questo profilo, correttamente enucleato tutte le possibili questioni (che hanno dato luogo a contrasti giurisprudenziali, o rispetto alle quali potrebbero verificarsi) che, astrattamente, possono porsi, in relazione alle diverse opzioni interpretative e ricostruttive operabili ai fini della pronuncia sui primi due motivi di impugnazione.

Poiché, peraltro il compito a cui è chiamata l'Adunanza Plenaria è quello di definire integralmente la lite sottoposta al suo esame, operando le necessarie opzioni interpretative, le questioni rimesse dalla Quinta Sezione potranno o dovranno essere esaminate con riferimento alla decisione sui motivi dell'impugnazione e nei limiti di quanto necessario a tal fine.

2. Nell'ordine logico, deve innanzi tutto essere esaminato il primo motivo dell'appello, con cui il Comune di Aversa ripropone sostanzialmente l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado a causa dell'omessa tempestiva, impugnazione delle clausole del bando di gara concernenti l'esclusione automatica delle offerte che presentino una percentuale di ribasso superiore alla media delle offerte ammesse, incrementata del 7%; eccezione, questa, disattesa dal giudice di primo grado.

Va, in proposito ricordato che, l'ATI Zecchina s.p.a. aveva impugnato contestualmente gli atti di esclusione dalla gara della ricorrente, di aggiudicazione alla controinteressata, il bando di gara e la lettera di invito, contenente la disciplina riguardante il meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale, deducendo, tra l'altro, l'illegittimità derivata dall'esclusione della gara dall'illegittimità dello stesso meccanismo di esclusione, per violazione della normativa comunitaria e nazionale; a fronte di ciò l'Associazione temporanea di imprese controinteressata aveva eccepito la mancata tempestiva impugnazione della *lex specialis* della gara, con conseguente inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio.

L'eccezione è stata respinta dal Tribunale, che ha innanzitutto richiamato, in proposito, l'orientamento giurisprudenziale prevalente, alla stregua del quale le prescrizioni dei bandi di gara, non riguardanti l'ammissione dei singoli concorrenti, manifestano la loro efficacia lesiva nel momento in cui operano nei confronti dei partecipanti alla procedura concorsuale, e cioè con l'esclusione dall'aggiudicazione.

Lo stesso Tribunale ha comunque ritenuto di far presente che la clausola della *lex specialis* della gara non potrebbe essere considerata "immediatamente applicativa" alla gara medesima del principio di esclusione automatica, e ciò perché, essendo la operatività di tale esclusione automatica subordinata alla presenza di un numero minimo di concorrenti, la clausola ben potrebbe essere intesa come "sospensivamente condizionata alla sussistenza di tale presupposto fattuale".

Tali statuizioni sono censurate dal Comune di Aversa, che con il primo motivo del gravame, deduce appunto che la clausola contenuta nel bando costituirebbe la *lex specialis* della gara e che il soggetto partecipante alla gara che, pur avendone avuto conoscenza per il tramite del bando e della lettera di invito, avrebbe tuttavia ommesso di impugnarla tempestivamente, non potrebbe, poi, né dolersi dell'applicazione di tale clausola né introdurre censure avverso di essa in sede di impugnazione del provvedimento di esclusione.

Con riferimento a tale doglianza ed alla relativa soluzione, la V Sezione del Consiglio di Stato ha affermato che si pone l'esigenza, di carattere generale, di procedere all'esatta individuazione dei casi in cui è necessaria, a pena di decadenza, l'immediata impugnazione dei bandi di gara (o di concorso) senza attendere gli atti applicativi. In particolare, la Quinta Sezione, in riferimento ai due diversi argomenti con cui il Tribunale ha disatteso l'eccezione di omessa tempestiva impugnazione della *lex specialis* della gara, di cui uno attinente alla natura ed ai contenuti del bando, ed alla individuazione dell'interesse al ricorso, e l'altro attinente alla interpretazione del bando, ha ritenuto che si pongono due questioni di massima:

- se le clausole dei bandi di gara o di concorso o delle lettere di invito, diverse da quelle riguardanti i requisiti di partecipazione alle procedure selettive, debbano essere impugnate entro il termine decorrente dalla loro conoscenza legale, ovvero se possano essere impugnate contestualmente all'atto applicativo che conclude la procedura selettiva;

- se le clausole dei bandi di gara o di concorso o delle lettere di invito possano essere disapplicate per contrasto con il diritto comunitario.

3. L'Adunanza osserva, innanzitutto, che ai fini della pronuncia sul primo motivo di gravame, non assume specifica rilevanza, il secondo argomento adottato dalla sentenza impugnata per pervenire al rigetto dell'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado prospettata dall'ATI controinteressata; e che, comunque, l'esame di tale argomento risulta assorbito dalla più generale questione riguardante l'esistenza, o meno, di un onere di immediata impugnazione della clausola di esecuzione automatica contenuta nel bando.

Ed, in effetti, l'affermazione secondo cui la clausola della *lex specialis* della gara non potrebbe essere definita come "immediatamente applicativa", dovendo l'operatività della prevista esclusione automatica essere intesa come "sospensivamente condizionata" alla sussistenza del presupposto fattuale costituito dall'esistenza di un certo numero di domande non costituisce tanto una specifica ed autonoma motivazione della statuizione di rigetto dell'eccezione, quanto un riflesso ed una anticipazione della soluzione data dallo stesso Tribunale alla questione di merito prospettata con il ricorso di primo grado, oggetto delle ulteriori doglianze esaminate, e concernente i rapporti tra la clausola contenuta nel bando e la disciplina legislativa di cui al decreto legge n. 65 del 1989 ed al d. lgs. n. 406 del 1911.

4. Ai fini della decisione sul primo motivo dell'appello proposto dal Comune di Aversa appare, invece, rilevante la generale questione, individuata a pag. 9 dall'ordinanza di rimessione, e concernente "l'esatta delimitazione dell'ambito oggettivo dell'onere di immediata impugnazione dal bando di gara o di concorso" (pag. 13 dell'ordinanza di rimessione).

In proposito la Quinta Sezione, dopo avere provveduto ad un'ampia rassegna delle opinioni di recente manifestatesi in giurisprudenza (ed anche ad una loro sistemazione), ha segnalato che, accanto al consolidato indirizzo interpretativo volto a richiedere l'immediata impugnazione del bando solo con riferimento alle clausole impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione, senza che la partecipazione alla gara e la presentazione dell'offerta costituiscano acquiescenza, si sono sviluppati orientamenti di segno diverso e tra di loro contraddittori, di cui l'uno volto a ridurre (ed addirittura ad eliminare) l'onere di immediata impugnazione delle clausole della *lex specialis* di gara. In particolare, la Quinta Sezione ha osservato che, allo stato – e con riferimento alle diverse fattispecie concretamente verificatesi – sembrano emergere diverse posizioni, così sintetizzabili:

a) una posizione di tipo "tradizionale", volta a limitare l'impugnazione immediata del bando di gara alle sole clausole riguardanti i requisiti soggettivi di partecipazione alla procedura selettiva (Sez. VI, 6 ottobre 1999 n. 1326; VI, 22 gennaio 2001 n. 192; V, 27 giugno 2001 n. 3507; VI, 18 dicembre 2001 n. 6260; V, 6 marzo 2002 n. 1342);

b) un orientamento volto a rinviare in ogni caso l'impugnazione del bando alla conclusione della procedura selettiva (Sez. IV, ord. 10 aprile 1998, n. 582). In questa prospettiva l'immediata impugnazione di clausole dal bando che fissano requisiti di partecipazione costituirebbe una mera facoltà (e non un onere) dell'interessato.

c) un orientamento volto ad affermare il potere del giudice di disapplicare il bando contrastante con norme inderogabili, quanto meno nell'ipotesi che le stesse siano di derivazione comunitaria (T.A.R. Lombardia, Sez. III, 8 agosto 2000 n. 234);

d) una posizione volta ad affermare la necessità dell'immediata impugnazione di tutte le clausole del bando, in quanto incidenti sulla definizione della *lex specialis* della gara;

e) un orientamento che estende l'onere di impugnazione alle sole clausole vincolanti per l'Amministrazione per i concorrenti;

f) un orientamento che amplia l'onere dell'immediata impugnazione alle sole clausole che definiscono gli oneri formali ed oggettivi di partecipazione, come le modalità di presentazione dell'offerta;

g) una posizione che estende l'onere di impugnazione immediata del bando alle prescrizioni che condizionano, anche indirettamente, la formulazione dell'offerta economica (fra le quali anche quelle riguardanti il metodo di gara e la valutazione dell'anomalia della offerta);

h) una posizione che estende l'onere di immediata impugnazione alle clausole riguardanti la composizione ed il funzionamento del seggio di gara, in quanto incidenti sull'autonomo interesse del concorrente.

La Quinta Sezione ha fatto presente che la soluzione tradizionale appare preferibile, in quanto utile ad individuare un criterio normalmente di facile applicazione, e che, tuttavia, i principi generali potrebbero autorizzare un parziale ampliamento delle ipotesi di impugnazione immediata, con particolare ed esclusivo riguardo alle clausole relative alle modalità oggettive di partecipazione alla gara.

5.5. L'Adunanza condivide l'affermazione generale operata dalla V Sezione con l'ordinanza n. 2406 del 2002, e ritiene, di conseguenza, che debba essere confermato l'indirizzo consolidato, alla stregua del quale l'onere di immediata impugnazione delle clausole del bando di gara o di concorso, o della lettera di invito a prendere parte ad una procedura selettiva, debba essere limitato esclusivamente a quelle concernenti i requisiti di partecipazione alla medesima procedura selettiva.

In proposito, si osserva che i problemi affrontati e risolti dalle numerose decisioni richiamate dall'ordinanza della Quinta Sezione, e dai diversi indirizzi in cui le stesse possono essere inquadrare e sistematizzate, attengono tutti alla più generale questione riguardante la determinazione del momento della tempestiva impugnazione degli atti generali e delle clausole e prescrizioni in essa contenuti; problema questo che, in linea di principio si pone proprio per la natura ed il contenuto degli atti in questione.

Per gli atti amministrativi a carattere generale, destinati alla cura concreta di interessi pubblici, con effetti diversi nei confronti di una pluralità di destinatari, non determinati nei provvedimenti, ma chiaramente determinabili, si pone il problema della loro lesività immediata prima dell'adozione degli atti applicativi: prima cioè che gli atti puntuali che delle clausole degli atti generali fanno applicazione, identifichino in concreto i destinatari da essi effettivamente lesi nella loro situazione soggettiva.

Poiché il problema è destinato ad avere rilievo specifico con riferimento alla tutela (giurisdizionale ed amministrativa) nei confronti di tali tipi di provvedimenti, esso è stato tradizionalmente (e correttamente) risolto alla luce dei principi che regolano i presupposti di ammissibilità del ricorso giurisdizionale (o amministrativo), che, com'è noto, condizionano da vicino la possibilità che l'autorità adita si pronunci sul merito sul ricorso e che, proprio per tale ragione, sono tradizionalmente identificati, in sede di teoria generale del processo, con le c.d. condizioni dell'azione.

Tra i presupposti del ricorso acquistano, come è noto, una valenza specifica, sia la legittimazione che l'interesse ad agire, concernenti rispettivamente l'esistenza in capo al ricorrente di un interesse sostanziale, tutelato dall'ordinamento, che abbia effettivamente subito un pregiudizio dal provvedimento amministrativo oggetto del ricorso, e la possibilità che il ricorrente sia in condizione di ricevere effettivamente un vantaggio dall'accoglimento del gravame. E' noto altresì, che, condizionando i presupposti di ammissibilità del ricorso la possibilità per il ricorrente di conseguire una pronuncia di merito, sia l'interesse sostanziale a tutela del quale si agisce che l'interesse ad agire devono essere caratterizzati dai requisiti della personalità e della attualità: gli interessi, cioè, devono essere propri del soggetto ricorrente ed avere riferimento ad una fattispecie già perfezionata (diversamente, infatti, si tratterebbe di interessi potenziali).

Correlativamente, la lesione dell'interesse del ricorrente deve, tradizionalmente, essere caratterizzata dai caratteri dell'immediatezza, della concretezza e dell'attualità: deve, cioè essere una conseguenza diretta ed immediata del provvedimento lesivo e dell'assetto di interessi con esso introdotto, deve essere concreta e non meramente potenziale, sussistere già al momento della proposizione del ricorso e persistere al momento della decisione su di esso.

Applicando tali principi consolidati al problema riguardante l'identificazione del momento della tempestiva impugnazione degli atti generali, è stato, così affermato con indirizzo giurisprudenziale ormai risalente, che i bandi di gara e di concorso e le lettere di invito vanno, normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi

fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento, ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato.

A fronte, infatti, della clausola illegittima del bando di gara o del concorso, il partecipante alla procedura concorsuale non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, dal momento che egli non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva, che solo da tale esito può derivare.

D'altra parte, ove l'esito negativo della procedura concorsuale dovesse effettivamente verificarsi, l'atto che chiude tale procedura facendo applicazione della clausola o della disposizione del bando di gara o di concorso, non opererà nel senso di rinnovare (con l'atto applicativo) una lesione già effettivamente prodottasi, ma renderà concreta ed attuale (ed in questo senso, la provocherà per la prima volta) una lesione che solo astrattamente e potenzialmente si era manifestata, ma che non aveva ancora attitudine (per mancanza del provvedimento conclusivo del procedimento) a trasformarsi in una lesione concreta ed effettiva.

In questa prospettiva, ciò che, quindi, appare decisivo ai fini dell'affermazione dell'esistenza di un onere di tempestiva impugnazione è la sussistenza di una lesione concreta ed attuale della situazione soggettiva dell'interessato, che determina, a sua volta, la sussistenza di un interesse attuale all'impugnazione; e quindi, con riferimento al bando di gara o di concorso o alla lettera di invito, l'attitudine (sua o di alcune clausole in essi contenute) a provocare una lesione di tal genere.

6. E' per tale ragione che è stato, pertanto, tradizionalmente affermato che 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, di conseguenza, la proposizione di un eventuale gravame (Sez. VI, 6 ottobre 1999 n.1326).

In tale ipotesi, infatti, la clausola del bando o della lettera di invito, precludendo essa stessa la partecipazione dell'interessato alla procedura concorsuale, appare idonea a generare una lesione immediata, diretta ed attuale, nella situazione soggettiva dell'interessato, ed a suscitare, di conseguenza, un interesse immediato alla impugnazione, dal momento che l'interesse all'impugnazione sorge al momento della lesione (Cons. Stato, Sez. V, 20 giugno 2001 n. 3264). E' stato, così, correttamente affermato che l'onere dell'immediata impugnativa degli atti preliminari costituenti la *lex specialis* della gara è ipotizzabile soltanto quando questa contenga prescrizioni dirette a precludere la stessa partecipazione dell'interessato alla procedura concorsuale (Cons. Stato, Sez. V, 27 giugno 2001 n. 3507. sez. VI, 18 dicembre 2001 n. 6260). In tale prospettiva, è stato osservato che le clausole del bando che debbono essere immediatamente impugnate sono, di norma, quelle che prescrivono requisiti di ammissione o di partecipazione alle gare per l'aggiudicazione, dal momento che la loro asserita lesività non si manifesta e non opera per la prima volta con l'aggiudicazione, bensì nel momento anteriore nel quale tali requisiti sono stati assunti come regole per l'amministrazione (Cons. Stato, sez. IV, 27 marzo 2002 n. 1747).

Ciò che quindi, appare decisivo, ai fini dell'affermazione dell'onere di immediata impugnazione delle clausole che prescrivono requisiti di partecipazione è pertanto non soltanto il fatto che esse manifestino immediatamente la loro attitudine lesiva, ma il rilievo che le stesse, essendo legate a situazioni e qualità del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara esattamente e storicamente identificate, preesistenti alla gara stessa, e non condizionate dal suo svolgimento, sono in condizioni di ledere immediatamente e direttamente l'interesse sostanziale del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara od alla procedura concorsuale.

Le clausole che prescrivono requisiti soggettivi di partecipazione alla procedura concorsuale od alla gara, presentano, infatti, normalmente, una struttura particolare, che le pongono in condizione sia di manifestare immediatamente, per i soggetti interessati, la loro lesività, sia di operare immediatamente la lesione della situazione soggettiva degli aspiranti che abbiano chiesto di partecipare alla procedura.

Tali clausole riguardano, in primo luogo, *requisiti soggettivi* degli aspiranti partecipanti al concorso. Val quanto dire che esse riguardano direttamente ed immediatamente i soggetti stessi (e non le loro offerte o le ulteriori attività connesse con la partecipazione alla gara), e per tale ragione producono nei loro confronti effetti diretti, identificando immediatamente i soggetti che, in quanto privi dei requisiti richiesti, da tali clausole sono immediatamente e direttamente incisi.

Esse, poi, fanno riferimento ad una *situazione* (di norma, una situazione di fatto) che è preesistente rispetto al bando, e totalmente indipendente dalle vicende successive della procedura e dei relativi adempimenti, e non

richiede valutazioni o verificazioni specifiche. Sotto questo profilo, non è la procedura concorsuale ed il suo svolgimento a determinare l'effetto lesivo (come avviene nel corso della valutazione dell'anomalia dell'offerta), ma direttamente il bando, che prende in considerazione una situazione storicamente ad esso preesistente e totalmente definita.

In terzo luogo, le clausole ricollegano alla situazione di fatto presa in considerazione un effetto giuridico diretto (l'impossibilità di prendere parte alla gara o alla procedura concorsuale) che appare immediatamente lesivo dell'interesse sostanziale degli aspiranti. E' quindi il bando, e non il successivo svolgimento della procedura concorsuale, a determinare esso stesso la lesione dell'interesse degli aspiranti, escludendo per i medesimi, con la partecipazione alla procedura concorsuale, la possibilità di conseguire l'aggiudicazione ovvero (nel caso di concorso in materia di pubblico impiego) la collocazione utile in graduatoria.

Sotto questo profilo, acquista un rilievo significativo la tradizionale opinione dottrinale e giurisprudenziale che vede nei bandi di gara e di concorso (e più ampiamente, negli atti generali) dei provvedimenti destinati (a differenza degli atti normativi) alla cura concreta degli interessi pubblici, con effetti diretti nei confronti dei destinatari: e, in effetti, le clausole che identificano requisiti soggettivi di partecipazione degli interessati, provvedono esse stesse direttamente alla cura dell'interesse pubblico per la realizzazione del quale il bando è stato emanato, escludendo immediatamente dalla platea dei partecipanti — e quindi dalla possibilità dell'aggiudicazione o della collocazione utile nella graduatoria del concorso — quei soggetti il cui esito positivo nella procedura concorsuale non sembra realizzare, con una valutazione formulata direttamente con il bando, l'interesse pubblico perseguito.

L'eventuale atto dell'Amministrazione procedente, volto ad escludere l'interessato privo dei requisiti previsti dal bando dalla procedura concorsuale avrà, pertanto, valore meramente dichiarativo e ricognitivo di un effetto e di una lesione già prodottasi nei confronti di chi, avendo comunque chiesto di partecipare alla procedura, attraverso la presentazione della domanda, appare già identificato come destinatario direttamente inciso dal bando di gara o di concorso.

Va, quindi, confermato quell'indirizzo giurisprudenziale che richiede, ai fini dell'ammissibilità dell'impugnazione immediata del bando delle clausole ritenute lesive, la presentazione della domanda di partecipazione alla gara o alla procedura concorsuale (da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 3 gennaio 2002 n. 6). La presentazione della domanda di partecipazione, nell'evidenziare l'interesse concreto all'impugnazione, fa del soggetto che ha provveduto a tale adempimento un destinatario identificato, direttamente inciso del bando.

L'orientamento giurisprudenziale che prevede la normale impugnabilità del bando di gara o di concorso unitamente agli atti applicativi, con l'eccezione del caso che si sia di fronte a clausole riguardanti requisiti di partecipazione alla procedura concorsuale fa, pertanto, corretta applicazione, nell'ipotesi generale ed in quella configurata come eccezione, dei principi in tema di interesse a ricorrere, dal momento che, sia con riferimento all'una che all'altra, afferma l'esistenza dell'onere dell'impugnazione in relazione all'esistenza di una lesione concreta ed attuale della situazione soggettiva dell'interessato, alla sua chiara ed immediata percepibilità, ed alla correlativa sussistenza di un interesse (processuale) a ricorrere.

7. Anche gli altri orientamenti giurisprudenziali, diversi da quello che circoscrive l'onere di immediata impugnazione del bando alle sole clausole riguardanti i requisiti soggettivi di partecipazione, e ricordati nell'ordinanza di rimessione, (con l'eccezione di quello che ammette la possibilità della disapplicazione di prescrizioni del bando contrastanti con norme inderogabili) intendono, peraltro, fare applicazione dei principi consolidati di tema di interesse a ricorrere. Tali orientamenti operano o affermando che l'interesse ad impugnare il bando sorge sempre ed unicamente con l'atto applicativo, perché solo esse genera una lesione attuale, ovvero (e secondo una impostazione di segno opposto) postulando l'esistenza, in certe situazioni, e con riferimento esclusivo al bando di gara, di un interesse (che dal bando sarebbe immediatamente leso), diverso dall'interesse a conseguire l'aggiudicazione o ad essere collocato in posizione utile in graduatoria, che sarebbe immediatamente leso dal bando, senza necessità di atti applicativi, e che giustificerebbe di conseguenza, l'onere di immediata impugnazione del bando.

Così è, ad esempio, quando si afferma la sussistenza di un autonomo interesse (eventualmente immediatamente leso da alcune clausole del bando) delle ditte partecipanti a vedere limitato il numero delle ditte che possano prender parte alla gara; così avviene quando si sottolinea l'autonomia dell'interesse dell'impresa alla preventiva definizione dei parametri di valutazione delle offerte o quando si postula un autonomo interesse delle imprese (diverso da quello all'aggiudicazione) a partecipare ad una gara le cui regole siano legittime; così, avviene, più in generale, allorché si dà rilievo, ai fini dell'immediata impugnazione, ad interessi di carattere procedimentale e che individuano utilità di tipo strumentale.

Alla postulazione di tali autonomi interessi (e dell'immediata lesione di essi che sarebbe operata dal bando) si accompagna, talvolta - implicitamente o esplicitamente - un modo di intendere i rimedi giurisdizionali che fanno di essi strumenti posti e riconosciuti a tutela dell'interesse generale alla legittimità dell'azione amministrativa o che assegna, comunque, ai medesimi, scopi e finalità ulteriori e diversi rispetto a quello della soddisfazione della situazione soggettiva fatta valere.

L'Adunanza Plenaria, pur apprezzando le esigenze che sono alla base della loro formazione, ritiene che non possano essere condivisi gli esiti di tali indirizzi giurisprudenziali, dal momento che essi conducono ad una non esatta applicazione del principio generale che connette l'onere di immediata impugnazione all'esistenza in capo al ricorrente di una lesione non potenziale, ma concreta ed attuale, ed alla sussistenza di un altrettanto attuale interesse ad impugnare.

Essi, infatti, o posticipano erroneamente all'atto applicativo la sussistenza di una lesione già, in certe specifiche situazioni, prodotta attualmente dal bando, ovvero si risolvono - quando affermano l'onere di immediata impugnazione del bando anche con riferimento a clausole diverse da quelle concernenti i requisiti di partecipazione - in una impropria frammentazione e polverizzazione, in una serie di interessi diversi, dell'unico interesse sostanziale protetto.

8. Non può innanzi tutto, essere condiviso quell'orientamento, pure richiamato nella schematizzazione contenuta nell'ordinanza di rimessione della Quinta Sezione (paragrafo 58, lett. B) che vorrebbe il bando sempre ed in ogni caso impugnabile unitamente all'atto applicativo, anche nell'ipotesi in cui si sia di fronte a clausole riguardanti requisiti di partecipazione alla procedura concorsuale. Si è visto sopra come tali clausole, in quanto riferentesi a presupposti di fatto indipendenti da ogni valutazione da esprimersi nel corso della procedura concorsuale, appaiano idonee a produrre non una lesione potenziale, ma una lesione già esistente ed efficace nei riguardi dei soggetti che hanno chiesto di prendere parte alla procedura concorsuale. Il posticipare, in tali casi, l'impugnazione del bando all'atto ricognitivo dell'effetto lesivo già prodottasi non apparirebbe, pertanto, giustificato e si porrebbe in contrasto con i principi generali sull'interesse a ricorrere.

9. Non può, altresì, essere condivisa la tesi (par. 58, lett. D dell'ordinanza di rimessione), che postula la necessità dell'immediata impugnazione di tutte le clausole del bando, in quanto incidenti nella *lex specialis* della gara o della procedura concorsuale. Tale circostanza, infatti, non implica di per sé che tali clausole producano una lesione diretta ed immediata dell'interesse protetto, senza necessità di attendere gli atti di gara che di tali clausole facciano applicazione.

Non vale a fondare un diverso avviso la circostanza che con le clausole del bando l'Amministrazione provveda a predeterminare la propria discrezionalità, sicché, rispetto ad essa, la successiva attività procedimentale apparirebbe come vincolata. Tale circostanza non esclude, peraltro, sia che nello svolgimento della gara l'Amministrazione debba operare, in applicazione delle clausole del bando, accertamenti e valutazioni, sicché solo in esito a questi e con riferimento ad essi si manifesta ed opera effettivamente l'astratta capacità lesiva della clausola; sia il fatto che, comunque, la lesività delle clausole del bando, ove effettivamente ravvisabile prima ancora dell'applicazione, appare al più meramente potenziale ed in quanto tale, non idonea a fondare l'onere di immediata impugnazione.

Né, in contrario, possono acquistare rilievo le osservazioni secondo cui la lesione provocata dal bando all'interesse dei partecipanti sarebbe immediata perché riguardante la loro condizione di concorrenti, mentre l'interesse differenziato che giustificherebbe il ricorso riguarderebbe la pretesa autonoma alla legittimità delle regole e delle operazioni di gara, distinta dall'aspettativa all'aggiudicazione del contratto.

Da una parte, infatti, la "condizione di concorrenti" dei partecipanti alla gara può essere apprezzata e valutata esclusivamente con riferimento all'unico interesse sostanziale di cui essi sono titolari, che è quello all'aggiudicazione e, comunque, all'esito positivo della procedura concorsuale, sicché l'eventuale incidenza di clausole che conformino illegittimamente la condizione di concorrenti dei singoli partecipanti, può acquistare rilievo esclusivamente se si traduce in un diniego di aggiudicazione o, comunque, in un arresto procedimentale con riferimento al medesimo obiettivo; dall'altra non appare configurabile un interesse autonomo alla legittimità delle regole e delle operazioni di gara, distinto dalla pretesa all'aggiudicazione o alla stipula del contratto. L'interesse alla legittimità della procedura costituisce un aspetto ed un riflesso dell'interesse all'aggiudicazione, ed è anzi quest'ultimo che può fondare e sostenere il primo, sicché l'eventuale illegittimità della procedura acquista significato e rilievo soltanto se comporta il diniego di aggiudicazione, in tal modo ledendo effettivamente l'interesse protetto, di cui è titolare il soggetto che ha preso parte alla gara.

Quanto, infatti, all'interesse protetto, o comunque alla situazione soggettiva di cui è titolare il partecipante alla gara, occorre ribadire che il suo contenuto è costituito non dall'astratta legittimità del comportamento

dell'Amministrazione, ma dalla possibilità di conseguire l'aggiudicazione. L'aggiudicazione costituisce il *bene della vita* che l'interessato intende conseguire attraverso la gara; ed è il medesimo *bene della vita* che si intende conseguire attraverso la tutela giurisdizionale, nell'ipotesi di illegittimo diniego di aggiudicazione.

L'affermazione talvolta operata in giurisprudenza secondo cui l'interesse al quale l'ordinamento garantirebbe tutela non sarebbe quello di ottenere un risultato vantaggioso ma l'altro, "a che la scelta del contraente si effettuata nel rispetto delle norme che impongono all'amministrazione comportamenti obbligati nel disciplinare, a mezzo del bando il relativo procedimento" si risolve, oggettivamente, in una confusione tra l'oggetto dell'interesse ed il tipo di protezione ad esso accordato. L'oggetto dell'interesse protetto riguarda, infatti, l'aggiudicazione, mentre tale interesse è protetto dall'ordinamento – come esattamente si osserva nell'ordinanza di rimessione – nei limiti della legittimità del procedimento di gara.

Alla base dell'indirizzo volto ad affermare l'immediata impugnabilità dei bandi di gara, sta, pertanto, una impropria e non condivisibile frammentazione dell'unico interesse protetto in un fascio diverso di interessi, ai quali si vorrebbe fornire, attraverso l'immediata impugnazione del bando, tutela autonoma ed anticipata, in situazioni nelle quali, in realtà non si sa ancora se l'evento lesivo si verificherà ovvero se esso ha una portata meramente potenziale.

Un tal modo di pensare opera, in via di stretta consequenzialità, sullo stesso modo di intendere la tutela giurisdizionale, attribuendo impropriamente ad essa finalità e connotati propri di una giurisdizione di tipo obiettivo: esito questo, incompatibile con la configurazione dell'attuale sistema della giustizia amministrativa, nella quale il processo amministrativo – ancor più dopo la legge n. 205 del 2000 – si configura esclusivamente come un processo di parti, espressione di una giurisdizione di tipo subiettivo.

Devono, pertanto, essere condivise quelle affermazioni, operate, in giurisprudenza, alla stregua delle quali "il ricorso amministrativo non è rimedio dato nell'interesse oggettivo della giustizia, ma principalmente per tutelare posizioni dei singoli, i quali non sono tenuti a denunciare l'illegittimità degli atti, della quale, pure, abbiano conoscenza, se non nei limiti del momento in cui tale illegittimità si traduce concretamente in una lesione ai propri interessi" (Cons. Stato, Sez. VI, 29 gennaio 2001 n. 192).

10. Alla stregua dei superiori rilievi appare, altresì, evidente l'impossibilità di condividere quelle opinioni giurisprudenziali volte ad affermare l'onere di immediata impugnazione del bando con riferimento alle clausole vincolanti per l'amministrazione o per i concorrenti (par. 58, lett. E dell'ordinanza). La natura e la struttura della clausola non escludono, infatti, che la lesione dell'interesse predetto si determini solo con la mancata aggiudicazione o, comunque, con l'arresto procedimentale.

11. Non può, altresì, essere condivisa quella tesi volta ad imporre l'onere di immediata impugnazione delle clausole del bando riguardanti la composizione ed il funzionamento del seggio di gara. Non può, infatti, essere formulato un autonomo interesse del ricorrente ad una certa composizione del seggio di gara ed a certe sue modalità di funzionamento, diverso dall'interesse (sostanziale) all'aggiudicazione, e cioè al conseguimento di quell'assetto degli interessi in gioco a lui favorevole che è lo scopo che l'interessato intende perseguire con la presentazione della domanda di partecipazione. D'altra parte, una lesione concreta ed attuale della situazione soggettiva del partecipante alla procedura concorsuale potrà derivare soltanto dal diniego di aggiudicazione, dal momento che soltanto con esso diviene effettiva la potenziale illegittimità connessa con la sua composizione e con le sue regole di funzionamento. È solo, infatti, con il diniego di aggiudicazione che si verifica l'evento lesivo, e con esso, quel fenomeno in base al quale la possibile anomalia della composizione e del funzionamento del seggio di gara si traduce in una certa ed effettiva anomalia dell'intera procedura concorsuale e del suo esito.

12. Non può, altresì, essere condiviso quell'indirizzo interpretativo che è volto ad estendere l'onere di impugnazione alle prescrizioni del bando che condizionano anche indirettamente, la formulazione dell'offerta economica (par. 58, lett. G dell'ordinanza di rimessione) tra le quali anche quelle riguardanti il metodo di gara e la valutazione dell'anomalia. Anche con riferimento a tali clausole, infatti, l'effetto lesivo per la situazione del partecipante al procedimento concorsuale si verifica con l'esito negativo della procedura concorsuale o con la dichiarazione di anomalia dell'offerta. L'effetto lesivo è, infatti, conseguenza delle operazioni di gara, e delle valutazioni con essa effettuate, dal momento che è solo il concreto procedimento negativo a rendere certa la lesione ed a trasformare l'astratta potenzialità lesiva delle clausole del bando in una ragione di illegittimità concreta ed effettivamente rilevante per l'interessato.

In tali ipotesi è il concreto svolgimento della gara e delle relative operazioni, nonché l'adozione delle valutazioni all'uopo necessarie, a produrre l'effetto lesivo ricollegabile all'astratta previsione contenuta dal bando: devono pertanto ritenersi impugnabili unitamente all'atto applicativo di definizione della gara o comportante l'aumento procedimentale, le clausole riguardanti i criteri di aggiudicazione, anche se gli stessi

sono idonei ad influire sulla determinazione dell'impresa relativa alla predisposizione della proposta economica o tecnica, ed in genere sulla formulazione dell'offerta, i criteri di valutazione delle prove concorsuali, i criteri di determinazione delle soglie di anomalie dell'offerta, nonché le clausole che precisano l'esclusione automatica dell'offerta anomala. L'effettiva – e non potenziale – lesività di tali clausole nei riguardi della situazione soggettiva dell'interessato dipende, infatti, dalla loro effettiva applicazione, dalla interpretazione che ne viene fornita in sede applicativa e dalla loro concreta incidenza nei confronti dell'impresa o del partecipante alla procedura concorsuale.

13. L'Adunanza Plenaria ritiene, poi, opportuno ribadire l'indirizzo tradizionale, che esclude l'onere dell'immediata impugnazione del bando, anche nei riguardi delle clausole che definiscono gli oneri formali ed oggettivi di partecipazione (par. 53, lett. F dell'ordinanza di rimessione).

A tale esito sembra opportuno pervenire considerando che non sempre le cennate clausole appaiono, in realtà assimilabili, quanto alla struttura ed al modo di operare, a quelle che, definendo requisiti soggettivi di partecipazione sono tradizionalmente considerati immediatamente impugnabili (si pensi ad esempio, ad una clausola che, richiedendo una qualificazione per determinate categorie di lavori, ai fini della partecipazione alla procedura concorsuale, fissa un requisito soggettivo di cui deve essere in possesso l'impresa partecipante, capace di ledere immediatamente quella che non ne sia in possesso).

Si è visto sopra come tali clausole riguardino direttamente qualità dei soggetti partecipanti e non le loro attività connesse alla partecipazione alla gara, e come esse facciano riferimento a situazioni preesistenti rispetto al bando ed alle gare, che non richiedono accertamenti o specifiche valutazioni; al contrario, le clausole che introducono oneri formali (od oggettivi) di partecipazione sembrano riguardare proprio l'attività dei soggetti interessati alla procedura concorsuale, devono essere poste in essere in vista della partecipazione alla gara ed in relazione ad essa, non paiono fare riferimento a situazioni oggettive definite prima della gara e da essa indipendenti, e possono richiedere – con riferimento soprattutto al loro effettivo rispetto, alla possibilità di adempimenti equivalenti ed alla loro incidenza concreta rispetto alla conclusione negativa della procedura concorsuale per l'interessato – accertamenti e valutazioni talvolta non semplici.

Riguardate, poi, nel loro modo di operare, le clausole che richiedono adempimenti formali, quali la presentazione di documenti, o che fissano modalità di presentazione della offerta non sembrano agire in modo diverso dalle ordinarie clausole del bando, impugnabili insieme all'atto applicativo.

Esse, infatti, possiedono una astratta potenzialità lesiva, la cui rilevanza e concreta capacità di provocare una lesione attuale può essere valutata solo con l'atto applicativo. Si tratta, in particolare, di clausole che, imponendo un certo comportamento alle imprese ed ai soggetti interessati alla procedura concorsuale, potranno produrre un concreto effetto lesivo soltanto dopo che tale comportamento sia stato posto in essere e nei limiti della concreta rilevanza di esso ai fini della determinazione dell'esito negativo della medesima procedura. Clausole del genere potrebbero essere ritenute immediatamente impugnabili soltanto affermando l'esistenza di un autonomo interesse dell'impresa a conformare le modalità di partecipazione alla gara indipendentemente dall'aggiudicazione ed a prescindere da essa: esito questo, obiettivamente non condivisibile per le ragioni già diffusamente illustrate.

Le considerazioni da ultimo esposte rendono così evidente, che la determinazione della portata delle clausole volte ad introdurre oneri formali possono richiedere, con riferimento alla loro interpretazione, agli effetti negativi per gli interessati, alle modalità di applicazione, valutazioni ed accertamenti, anche di una certa complessità, riguardanti comportamenti dell'impresa successivi al bando. Una situazione del genere induce, pertanto, a ritenere preferibile un orientamento che escluda l'onere (anche se non la facoltà) di immediata impugnazione di tali clausole, e che la ammetta, invece, unitamente agli atti applicativi. Deve, infatti, essere ritenuta comunque preferibile una interpretazione che non si risolve in un aggravio delle modalità di accesso alla tutela giurisdizionale, in violazione dei principi desumibili dall'art. 24 Cost.; come, invece, potrebbe avvenire con la configurazione di un onere di immediata impugnazione di norme del bando di cui non è chiara l'immediata efficacia lesiva.

14. Non appare, infine, rilevante ai fini della definizione della controversia, la questione – pure prospettata con l'ordinanza di rimessione – attinente alla possibilità di disapplicare le disposizioni del bando di gara contrastanti con norme inderogabili, quanto meno nell'ipotesi in cui esse siano di derivazione comunitaria (par. 58, lett. C dell'ordinanza di rimessione).

La rilevanza di tale questione suppone, infatti, che si sia di fronte ad una omessa o tardiva impugnazione della clausola del bando: esito, questo, che non si verifica nel caso in esame, nel quale il bando di gara è stato impugnato con un ricorso che appare tempestivo.

15. Alla stregua delle superiori osservazioni, il primo motivo dell'appello del Comune di Aversa deve essere rigettato. La clausola contenuta nel bando, in forza della quale "saranno considerate anomale le offerte che presenteranno una percentuale di ribasso superiore alla media delle percentuali delle offerte ammesse, incrementate dei valori del 7%", attenendo alla valutazione automatica dell'anomalia dell'offerta e non ai requisiti di partecipazione alla gara, doveva, infatti, essere impugnata non immediatamente, ma unitamente all'atto che dichiarava l'anomalia dell'offerta.

Nella specie, infatti, le disposizioni di gara impuginate non precludevano la partecipazione alla procedura concorsuale, mentre il meccanismo di esclusione automatica era destinato ad operare nell'eventualità in cui risultassero prodotte offerte con un ribasso superiore di sette punti alla media aritmetica di tutte le offerte ammesse. Il bando non poteva, pertanto, che essere impugnato unitamente al provvedimento che accertava l'anomalia dell'offerta e disponeva l'esclusione dell'associazione temporanea di imprese interessata dalla gara.

16. Deve, adesso, essere esaminato il secondo motivo del gravame, con cui il Comune di Aversa deduce che erroneamente il Tribunale avrebbe rigettato l'eccezione di improcedibilità del ricorso di primo grado, proposto dall'ATI Zecchina, essendo stata ormai realizzata l'opera pubblica oggetto della gara impugnata. In proposito l'Ente appellante deduce che i lavori relativi all'opera pubblica sarebbero stati ultimati sin dal 31 agosto 1998, e che le imprese ricorrenti in primo grado non potrebbero ottenere alcun vantaggio diretto ed immediato dall'accoglimento del ricorso, ma al più la mera rinnovazione del procedimento di gara, al fine di verificare l'anomalia dell'offerta; rinnovazione che sarebbe, appunto, preclusa dall'avvenuta esecuzione dell'opera.

Ad avviso dell'appellante non sussisterebbe, poi, un interesse dell'associazione temporanea di imprese all'accertamento dell'illegittimità dell'esclusione allo scopo di coltivare iniziative di tipo risarcitorio.

Con riferimento alla decisione di tale motivo di gravame, la Quinta Sezione ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione se l'intervenuta esecuzione integrale dell'appalto renda inammissibile il ricorso per l'annullamento della aggiudicazione, ferma restando la proponibilità e la procedibilità dell'azione risarcitoria. In particolare, la Quinta Sezione ha rimesso all'esame dell'Adunanza Plenaria la questione concernente la rilevanza dell'intervenuta esecuzione dell'opera pubblica, ai fini dell'ammissibilità o della procedibilità del ricorso proposto contro l'aggiudicazione dell'appalto e contro i connessi atti del procedimento, e con esso il più generale problema del rapporto tra l'azione di annullamento e la domanda di risarcimento del danno, al fine di stabilire se, nel quadro delineato dal decreto legislativo n. 80 del 1998 e dalla legge n. 205 del 2000, la tempestiva domanda di annullamento del provvedimento amministrativo che si assume lesivo della situazione soggettiva dell'interessato, costituisca, o meno, presupposto di ammissibilità della domanda risarcitoria.

17. L'Adunanza osserva che tale ultima questione, riguardante il rapporto tra azione di annullamento dei provvedimenti amministrativi impugnati e domanda di risarcimento del danno, non è rilevante, nei suoi termini generali, ai fini della controversia in esame.

La rilevanza di tale questione per la definizione della controversia suppone, infatti, che si sia di fronte ad una domanda di risarcimento proposta nell'assenza di una tempestiva impugnazione dei provvedimenti amministrativi in relazione all'illegittimità dei quali si assume, appunto, l'esistenza di un danno da risarcire. Una situazione del genere non si verifica, invece, nel caso in esame, nel quale, anzi, si è di fronte ad una tempestiva impugnativa dell'atto di esclusione e del diniego di aggiudicazione, e delle clausole del bando di gara, ed in cui la questione della tutela risarcitoria è stata prospettata in via meramente eventuale, ai diversi fini della valutazione della permanenza dell'interesse, avverso il diniego di aggiudicazione conseguente alla dichiarazione di anomalia dell'offerta, pur dopo l'esecuzione dell'opera pubblica oggetto dell'appalto.

La circostanza che, in concreto l'azione di annullamento sia stata nella fattispecie effettivamente proposta (ed anzi si discuta della sua perseguibilità pur dopo l'esecuzione dell'opera pubblica) sembra escludere, in concreto, ogni pratica rilevanza della questione riguardante la sussistenza di una generale e necessaria pregiudizialità, della domanda di annullamento rispetto alla domanda di risarcimento, in tutti i casi in cui si sia di fronte (o addirittura se ne prospetti solamente la possibilità, come nel caso in esame) ad una richiesta risarcitoria in conseguenza dell'illegittimo esercizio della funzione pubblica.

Impregiudicata, pertanto, la questione generale del rapporto processuale tra l'azione di annullamento degli atti amministrativi e quella del risarcimento del danno dai medesimi eventualmente provocato, nell'ambito della nuova disciplina del processo amministrativo, un rapporto di pregiudizialità necessaria potrebbe, comunque, porsi, tutte le volte che si sia di fronte alla necessità di stabilire le conseguenze dell'annullamento degli atti sul contratto eventualmente stipulato tra l'Amministrazione appaltante e l'originario aggiudicatario. Sono queste, infatti, le situazioni più rilevanti, piuttosto che quelle legate alla semplice esecuzione dell'opera pubblica, ed in tal caso, la previa proposizione del ricorso giurisdizionale davanti al giudice amministrativo, e

la definizione del relativo giudizio, appare, comunque, necessaria, posto che si tratta di stabilire quali siano le conseguenze, sul contratto di appalto nelle more stipulato tra Amministrazione ed aggiudicatario, dell'avvenuto annullamento degli atti di gara a seguito del ricorso del partecipante non aggiudicatario.

18. Poiché, invece è pacifico fra le parti che l'opera pubblica cui si riferisce la gara oggetto del giudizio è stata integralmente realizzata, appare rilevante, ai fini della pronuncia sul secondo motivo di gravame, la questione se l'avvenuta esecuzione dell'opera pubblica renda improcedibile il ricorso proposto contro l'aggiudicazione dell'appalto e contro i connessi atti del procedimento. E' stato, in proposito affermato che deve essere considerato improcedibile il ricorso proposto contro l'aggiudicazione di un contratto di appalto di opere pubbliche, qualora le relative opere siano state realizzate nelle more del giudizio e non venga provata la permanenza di uno specifico interesse morale all'annullamento (Cons. Stato, Sez. IV, 11 dicembre 1998, n. 1627).

Anche la tesi di segno opposto è stata, peraltro, affermata in giurisprudenza: è stato, così, ritenuto che l'integrale esecuzione dell'appalto oggetto di una gara non determini il venir meno dell'interesse a ricorrere in capo al partecipante non aggiudicatario, e ciò non solo per la persistenza di un interesse morale, ma anche in relazione ad un eventuale giudizio risarcitorio volto a ristorare il ricorrente dal pregiudizio patito per effetto dell'illegittimità (Cons. Stato, Sez. VI, 20 dicembre 1999 n. 2117).

L'Adunanza ritiene preferibile tale ultima tesi, ed è, pertanto, dell'avviso, conforme a quello della V Sezione, che l'integrale esecuzione dell'opera pubblica oggetto di una gara indetta dall'Amministrazione non determini il venir meno, in capo al partecipante non aggiudicatario, dell'interesse a ricorrere avverso gli atti della procedura concorsuale. Tale esito appare, peraltro, riferibile non tanto al semplice interesse morale all'accertamento dell'illegittimità della gara, quanto, piuttosto, alla persistenza, pur dopo l'esecuzione della opera pubblica, dell'interesse a conseguire l'eventuale risarcimento dei danni volti a ristorare il pregiudizio patito per effetto dell'illegittimità della gara e della sua conclusione, o comunque dell'interesse ad intraprendere iniziative volte a reintegrare la situazione soggettiva illegittimamente lesa.

Va, in proposito, ricordato che, attraverso l'impugnazione del diniego di aggiudicazione e dell'atto con cui è stata dichiarata l'anomalia dell'offerta di un partecipante, il ricorrente mira a conseguire il bene della vita costituito dall'aggiudicazione; l'interesse sostanziale leso da tali atti, ove illegittimi è, appunto, quello a conseguire l'aggiudicazione, e tale utilità sostanziale il ricorrente intende tutelare con la rimozione, con effetto *ex tunc*, dei provvedimenti assunti dall'Amministrazione e con la riedizione, ove necessario, del potere amministrativo esercitato. In questa prospettiva, l'annullamento degli atti di gara e l'eventuale (ove necessario) esercizio del potere amministrativo costituiscono una tecnica o una modalità di tutela dell'interesse leso, al fine di conseguire l'utilità sostanziale che l'interessato intende ottenere con la partecipazione.

Deve, altresì, essere ricordato che la dichiarazione di sopravvenuta carenza di interesse in ordine al ricorso giurisdizionale è, in via di principio, ricollegabile al verificarsi di una situazione oggettivamente incompatibile con la realizzazione dell'utilità o della situazione di vantaggio alla quale mira il ricorso giurisdizionale medesimo, di modo che il suo esito eventualmente positivo per il ricorrente non potrebbe più giovare a quest'ultimo. La dichiarazione di sopravvenuta carenza di interesse al ricorso certifica che nessun effetto utile può essere conseguito dal ricorrente con l'accoglimento del ricorso.

Un esito del genere non si verifica allorché viene realizzata l'opera pubblica oggetto della gara impugnata, dal momento che tale realizzazione non si risolve in una situazione incompatibile con il conseguimento delle possibili utilità che il ricorrente si riprometteva di conseguire con il ricorso.

In particolare, l'avvenuta esecuzione dell'opera pubblica non determina il venir meno dell'interesse all'annullamento giurisdizionale degli atti di gara, ma, rendendo non più possibile la semplice rinnovazione della gara a seguito della decisione, trasforma l'interesse a tale forma di tutela in quello ad una tecnica di tutela di tipo risarcitorio, il cui esercizio è volto a ristorare l'interessato dell'eventuale pregiudizio patito, ovvero nell'interesse a tutte le ulteriori iniziative, da adottarsi eventualmente dalla stessa Amministrazione su istanza del ricorrente vincitore, ovvero direttamente da quest'ultimo, volte ad ottenere l'eliminazione del contratto eventualmente stipulato tra l'amministrazione appaltante e il vincitore a seguito della gara annullata.

La statuizione giurisdizionale di annullamento della procedura concorsuale assume, infatti, un rilievo decisivo in un successivo giudizio risarcitorio volto a ristorare l'originario ricorrente dell'eventuale pregiudizio patito (e nei limiti del danno effettivamente configurabile in relazione alle diverse fattispecie) ovvero ai fini delle eventuali iniziative da assumere, sia verso l'Amministrazione appaltante che eventualmente in sede giurisdizionale, per ottenere la caducazione del contratto nelle more, eventualmente concluso, o comunque, una sua dichiarazione di inefficacia.

19. Giova in proposito segnalare che le questioni più complesse e rilevanti che sembrano porsi, dopo l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione e degli atti di gara – quanto meno per le opere pubbliche non rientranti fra quelle di cui all'art. 1, comma 1, della legge 21 dicembre 2001 n. 190 – riguardano, non tanto il rilievo dell'asserita esecuzione dell'opera (in relazione alla quale la giurisprudenza del giudice amministrativo, pacificamente competente dopo la legge n. 205 del 2000 riconosce comunque il risarcimento del danno, ove esistente in relazione alle ragioni dell'annullamento), quanto piuttosto i rapporti tra l'annullamento giurisdizionale degli atti di gara ed il contratto di appalto, nelle more stipulato tra l'aggiudicatario e l'Amministrazione.

In proposito, la posizione tradizionale è, come è noto, quella che, facendo perno sul duplice contenuto (autoritativo e negoziale) dell'aggiudicazione, e sulla circostanza che le norme di evidenza pubblica sarebbero destinate a proteggere un interesse specifico dell'amministrazione piuttosto che un interesse pubblico generale, identifica nella violazione delle norme del procedimento amministrativo di selezione del contraente privato un vizio nella formazione della volontà dell'Amministrazione che, in quanto attinente alla capacità ed alla volontà dell'ente pubblico, comporterebbe la sola annullabilità del contratto, deducibile esclusivamente da parte dell'Amministrazione.

Da qui, appunto, l'indirizzo giurisprudenziale (affermatosi, peraltro in relazione a fattispecie diverse da quelle riguardanti in modo specifico le conseguenze sul contratto dell'annullamento pronunciato dal giudice amministrativo) che afferma la sua annullabilità relativa – per vizio di formazione del consenso della persona giuridica pubblica - del contratto stipulato sulla base di una aggiudicazione annullata dal giudice amministrativo (Cass., Sez. II, 8 maggio 1996 n. 4269; 7 aprile 1989 n. 1682; 24 maggio 1979 n. 2996) salvo che si sia di fronte ad un vizio di vero e proprio straripamento di potere, che comporta la nullità del contratto (Cass., Sez. II, 24 maggio 1979 n. 2996).

Le conseguenze di tale tradizionale modo di configurare i rapporti tra annullamento dell'aggiudicazione e contratto sono evidenti: l'annullabilità del contratto può essere fatta valere soltanto dall'amministrazione, e non dai concorrenti non aggiudicatari, anche se vittoriosi nel giudizio di annullamento della gara. La sorte del contratto invalido rimane, in questa prospettiva, esclusivamente affidata all'Amministrazione, anche se le iniziative di questa potrebbero essere variamente sollecitate dai concorrenti non aggiudicatari vittoriosi nel giudizio amministrativo di annullamento.

Si tratta di una situazione che, se assicura una significativa stabilità del rapporto contrattuale, è stata, talvolta considerata dal giudice amministrativo come capace di comportare una sostanziale vanificazione dell'effetto conformativo proprio del giudicato amministrativo (T.A.R. Campania – Napoli, Sez. I, 29 maggio 2002 n. 3177).

20. Deve, peraltro, essere segnalato che proprio recentemente la Corte di Cassazione sembra aver proceduto a valutare diversamente l'incidenza, sul contratto, dell'eventuale annullamento di atti amministrativi riguardanti la formazione della volontà dell'ente pubblico.

In particolare, la Cassazione ha ritenuto (Cass., Sez. III, 9 gennaio 2002 n. 193) che l'annullamento in sede di controllo di legittimità di una deliberazione con cui il competente organo dell'Amministrazione autorizzi la stipula di un contratto determini la nullità, e non la semplice annullabilità, del contratto per assenza del requisito dell'accordo delle parti (artt. 1325 n. 1 e 1418, secondo comma, cod. civ.).

21. Proprio il riferimento a tale pronuncia della Cassazione sembra suggerire una attenta riflessione su di un recente indirizzo giurisprudenziale del giudice amministrativo.

Questo, infatti, che in passato aveva, talvolta, affermato una sorta di effetto caducante dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto, sulla scorta della traslazione dell'effetto annullatorio dal procedimento amministrativo all'attività di diritto privato dell'amministrazione (Cons. Stato, Sez. V, 25 maggio 1998 n. 677; 30 marzo 1993 n. 445) ha, adesso, proceduto ad un riesame delle tesi tradizionali, ed affermato che l'invalidità del contratto stipulato dall'Amministrazione con chi sia illegittimamente aggiudicatario assume il connotato non dell'annullabilità ad istanza della sola stazione appaltante, ma della nullità per contrasto con le norme di disciplina del procedimento di evidenza pubblica (TAR Campania – Napoli, Sez. I, n. 3177 del 2002, cit.).

A tale esito il Tribunale è pervenuto anche in forza di una lettura delle norme di evidenza pubblica, "nel contesto dei principi comunitari di tutela della concorrente": a garanzia, cioè, non solo dell'interesse specifico dell'amministrazione, ma dei valori della concorrenza e del mercato (art. 2, 3 par.1, lett. g e 4 Trattato CE), ed affermando, pregiudizialmente la sussistenza della esclusiva giurisdizione del giudice amministrativo sulla materia, in modo che il giudice di esso investita possa, per intero, e fino al contratto, procedere alla tutela

dell'interesse fatto valere in giudizio.

22. Sulla materia, e sulle diverse questioni generali da essa implicate (da quella relativa alla sussistenza della giurisdizione, a quella riguardante il rapporto, tra annullamento e risarcimento, a quella concernente il rapporto tra annullamento degli atti di gara e contratto) sono destinate a rivestire un ruolo di primaria importanza le disposizioni di cui alla direttiva 89/665/CEE del Consiglio del 21 dicembre 1989, quelle contenute nell'art. 1, L. 2 dicembre 2001 n. 443 e quelle dell'art. 14 del d. lgs. 20 agosto 2002 n. 190.

Certo è comunque che l'ampiezza e la diversa portata delle conseguenze riferibili all'annullamento giurisdizionale degli atti di gara, anche dopo l'esecuzione dell'opera pubblica di tale gara oggetto, testimoniano con ogni evidenza la persistenza dell'interesse al ricorso contro gli atti di gara proposto.

23. Alla luce delle superiori osservazioni, deve essere rigettato il secondo motivo dell'appello proposto dal Comune di Aversa, e con esso, la riproposta eccezione di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse. E, infatti, la possibilità di iniziative ulteriori volte a soddisfare e tutelare l'interesse fatto valere con il ricorso giurisdizionale proposto avverso gli atti di gara pur dopo la realizzazione dell'opera, tutte nella fattispecie sicuramente assumibili dall'Associazione di imprese appellata, avendo la medesima tempestivamente proposto la propria impugnativa giurisdizionale (senza che, quindi, assuma specifica rilevanza la questione della sussistenza o meno, in astratto, di una necessaria "pregiudiziale amministrativa") evidenzia ampiamente la persistenza dell'interesse al ricorso.

Né in contrario, possono assumere rilievo le ulteriori osservazioni dell'appellante. Ai fini, infatti, della valutazione della persistenza dell'interesse al ricorso – che costituisce l'oggetto del presente giudizio – appare sufficiente l'affermazione della esistenza della possibilità di future iniziative, anche di tipo risarcitorio, mentre ogni accertamento circa la loro fondatezza, la loro ampiezza ed il loro collegamento con la procedura concorsuale annullata non potrà che essere effettuato, dopo la proposizione della relativa domanda, dal (futuro) giudice del risarcimento.

24. Deve, infine, essere esaminato il terzo motivo dell'appello, con cui il Comune di Aversa deduce che erroneamente il Tribunale avrebbe ritenuto fondata la censura concernente la mancanza del numero minimo di offerte richieste dalla legge per l'esclusione automatica dell'offerta anomala, avendo l'Amministrazione, nel caso in esame, fatto applicazione della clausola contenuta nel bando e nella lettera di invito, che sancisce la procedura automatica indipendentemente dal numero di offerte ammesse.

La doglianza è infondata e deve, di conseguenza essere rigettata.

Và, in proposito ricordato che sia il bando di gara, pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* del 14 agosto 1991 che la lettera di invito del 7 novembre 1991, stabiliscono, per quel che in questa sede rileva, che "saranno considerate anomale" le offerte che presenteranno una percentuale di ribasso superiore alla media delle percentuali delle offerte ammesse, incrementate del 7%.

Sia il bando che la lettera di invito contenevano, pertanto, una clausola di esclusione automatica delle offerte, comportanti una percentuale di ribasso superiore alla media delle percentuali delle offerte ammesse incrementate di un valore percentuale del 7%.

Tale essendo il tenore della clausola della *lex specialis* della gara, il Collegio osserva che la stessa non può che essere letta nel quadro della disciplina, comunitaria e nazionale, concernente la fattispecie.

Giova in proposito ricordare che il criterio di esclusione automatica delle offerte anomale, introdotto con l'art. 17, della legge 11 marzo 1988 n. 77, ritenuto in contrasto con la direttiva CEE n. 71/305 (sentenza n. 103/88 del 28 giugno 1989 della Corte di Giustizia), è stato abbandonato dal legislatore nazionale con l'art. 2 bis del decreto legge 2 marzo 1989 n. 65 convertito dalla legge 26 aprile 1989 n. 155, che ha stabilito l'obbligo, per l'Amministrazione, di procedere alla valutazione dell'anomalia delle offerte ai sensi dell'art. 24 della legge 8 agosto 1977 n. 584 e dell'art. 5 della legge 2 febbraio 1973 n. 14.

La stessa norma ha, peraltro, previsto, in via transitoria (fino al 31 dicembre 1992) la possibilità per le pubbliche amministrazioni di procedere alla esclusione automatica, senza necessità di rispettare le apposite procedure stabilite dalla legge, delle "offerte che presentano una percentuale di ribasso superiore alla media delle percentuali delle offerte ammesse, incrementate di un valore percentuale non inferiore al 7 per cento". Il successivo art. 2bis, comma 3, precisa che la facoltà di esclusione automatica, nonché il valore percentuale di incremento della media debbono essere indicati nel bando e nell'avviso di gara, e che la medesima facoltà non è esercitabile qualora il numero delle offerte valide risulti inferiore a quindici.

E' appunto alla luce e nel contesto di tale disciplina legislativa che va letta la disposizione della *lex specialis* della gara, di cui nel caso in esame è stata fatta applicazione.

Da una parte gli atti di gara che contengono la clausola di esclusione automatica delle offerte anomale appaiono del tutto conformi alle norme contenute nel decreto legge n.65 del 1989, dal momento che essi contengono sia l'esplicita indicazione della predetta clausola di esclusione automatica, sia del valore percentuale di incremento della nuova, come richiesto dall'art. 2 bis, comma 3, del medesimo decreto legge; dall'altra, tali atti non possono che essere letti, interpretati ed applicati nell'ambito delle disciplina di legge che li riguarda e che regola in via generale l'esercizio delle facoltà cui essi fanno riferimento.

Se ne deduce che la facoltà di esclusione automatica delle offerte anomale, prevista nel bando di gara e nella lettera di invito della gara oggetto del presente giudizio, poteva essere esercitata dall'Amministrazione, come richiede il cennato art. 2 bis, comma 3, del decreto legge n.65 del 1989, soltanto in presenza di un numero di offerte valide non inferiore a quindici.

La disposizione del bando, riguardante il ricorso al criterio dell'esclusione automatica delle offerte anomale, che costituisce applicazione del potere (temporaneamente) riconosciuto dall'art. 2 del decreto legge n.65 del 1989, non può che essere applicata conformemente alle disposizioni contenute nello stesso art. 2bis, comma 3, del medesimo decreto legge, che ne prevedono la praticabilità soltanto in presenza di quindici offerte valide.

Non può, d'altra parte, ritenersi che tale previsione dovesse essere espressamente contenuta nel bando o nella lettera di invito, dal momento che lo stesso art. 2 bis, comma 3, del decreto legge indica esplicitamente quali dovevano essere le previsioni esplicite contenute nel bando, limitandole a quella concernente la facoltà di esclusione automatica, ed all'altra, riguardante la percentuale di incremento della media.

Deriva da ciò che il primo giudice ha correttamente accolto la doglianza prospettata dall'associazione temporanea di imprese, essendo state, nella fattispecie, presentate soltanto quattro offerte, ed essendo stata, di conseguenza, esercitata la facoltà di esclusione automatica al di fuori del presupposto che, per legge, ne condizionava l'esercizio.

23. Non possono, infine, trovare accoglimento gli ulteriori rilievi prospettati dal Comune appellante, alla stregua dei quali la procedura di valutazione della congruità dell'offerta sarebbe stata, comunque, effettuata in contraddittorio con le parti. Ed infatti, come ha esattamente osservato il Tribunale, dai verbali di gara emerge che, dopo la lettura dei punteggi assegnati a ciascuna impresa, il rappresentante della Associazione temporanea di imprese appellata ha formulato alcune "deduzioni" sull'entità del ribasso offerto, rilevando che occorreva tener conto di quello reale del 14,38% sui prezzi unitari, non già di quello virtuale, derivante dal raffronto tra l'importo a base d'asta e quello dell'offerta; e che, a tali deduzioni il Presidente della Commissione ha replicato asserendo che le stesse non introducevano elementi di novità.

Si è pertanto ben lontani da quella verifica della composizione dell'offerta richiesta dalla legge (art. 24 legge 8 agosto 1977 n.584) ai fini della dichiarazione di anomalia dell'offerta.

In particolare, gli adempimenti posti in essere nella fattispecie non possono essere ritenuti idonei ad integrare – come ha esattamente osservato il Tribunale – il procedimento di verifica dell'anomalia della offerta non soltanto in relazione alle modalità procedurali, ma anche e soprattutto con riferimento ai contenuti delle giustificazioni e delle verifiche dell'Amministrazione, dovendo esse riguardare la modalità di composizione dell'offerta, e dovendo la verifica dell'Amministrazione contenere una puntuale e motivata indicazione delle ragioni di inattendibilità dell'offerta medesima.

24. In conclusione, l'appello deve essere respinto. L'esistenza di contrastanti indirizzi giurisprudenziali su molte delle questioni connesse con la soluzione della controversia suggerisce di disporre l'integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), definitivamente pronunciando, rigetta l'appello in epigrafe.

Compensa integralmente tra le parti le spese del giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma, in Camera di consiglio, il 24 giugno 2002, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), con l'intervento dei Signori:

Alberto de Roberto - Presidente,

Sergio Santoro - Consigliere,

Domenico La Medica - Consigliere,

Alessandro Pajno - Consigliere, estensore,

Costantino Salvatore - Consigliere,

Raffaele Maria de Lipsis - Consigliere,

Giuseppe Farina - Consigliere,

Corrado Allegretta - Consigliere,

Luigi Maruotti - Consigliere,

Carmine Volpe - Consigliere

Chiarenza Millemaggi Cogliani - Consigliere,

Paolo Buonvino - Consigliere,

Goffredo Zaccardi - Consigliere.

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE

Depositata in segreteria in data 29 gennaio 2003.