

Cons. Stato, ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4 – Pres. Pajno – Est. Taormina

Processo amministrativo - Clausole del bando non immediatamente escludenti - Interesse a ricorrere - Non immediata impugnabilità - Impugnabilità unitamente al provvedimento applicativo - Legittimazione a ricorrere - Partecipazione alla gara.

Le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impugnate unitamente al provvedimento lesivo e possono essere impugnate unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara (1).

(1) Notarelle originali in tema di impugnazione dei bandi.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Corretta (re)impostazione del problema: attitudine o inattitudine della lex specialis di gara a ledere immediatamente sfere giuridiche altrui quale ragione della sua natura sostanziale, altrimenti oscillante tra provvedimento e atto endoprocedimentale, a dispetto della o in linea con la sua ubicazione all'interno della procedura: conseguenze sul triplice versante dell'individuazione dell'oggetto del giudizio, dell'efficacia oggettiva della sentenza di annullamento e del suo effetto conformativo. – 3. Corollario della corretta (re)impostazione del problema: sostituzione dell'alternativa tra impugnabilità postergata e immediata della lex specialis di gara con l'alternativa tra non impugnabilità tout-court e impugnabilità (immediata quando predicabile). – 4. Assumendo l'alternativa tra non impugnabilità tout-court della lex specialis e sua impugnabilità (immediata quando predicabile): ordinaria non impugnabilità della lex specialis (trascurando per il momento le cosiddette clausole preclusive della partecipazione). – 5. Le cosiddette clausole preclusive della partecipazione: una rivisitazione del diritto vivente nel segno della negazione della loro impugnabilità. Generalizzazione (tendenziale) della non impugnabilità della lex specialis di gara.

1. Con la sentenza 26 aprile 2018, n. 4, in tema di (legittimazione e interesse alla) impugnazione dei bandi (e degli inviti)⁽¹⁾, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato conferma l'impostazione tradizionale, già ribadita quindici anni prima con la sentenza 27 gennaio 2003, n. 1⁽²⁾, che è così sintetizzabile: *regola generale* dell'impugnabilità dei bandi unitamente ai provvedimenti applicativi (esclusione, ammissione altrui all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi di partecipazione ⁽³⁾, aggiudicazione); *eccezione* dell'onere d'immediata impugnazione delle clausole dei bandi

⁽¹⁾ Premesso che gli atti amministrativi generali si rivolgono a destinatari indeterminati e indeterminabili *a priori*, gli inviti (a formulare offerte) non sono atti amministrativi generali, in quanto indirizzati a destinatari identificati *a priori* (ad esempio, in coloro che hanno superato la c.d. prequalifica in una procedura ristretta o in coloro che sono stati individuati attraverso la consultazione di elenchi in una procedura negoziata). Non di meno, gli inviti sono, ai fini che qui rilevano (legittimazione e interesse a ricorrere), assimilati ai bandi poiché contribuiscono a definire o definiscono (a seconda che siano o meno preceduti da un bando e, quindi, a seconda della tipologia di procedura indetta) le regole di svolgimento della procedura selettiva (c.d. *lex specialis*).

⁽²⁾ In questa *Rivista*, 2003, 792 ss, con nota di L.R. PERFETTI, *Interesse a ricorrere e confini dell'azione di annullamento. Il problema dell'impugnazione del bando di gara*. Per le incertezze giurisprudenziali che propiziarono la Plenaria n. 1/2003, cfr. R. VILLATA, "Novità" in tema di impugnative delle gare contrattuali dell'amministrazione, in questa *Rivista*, 1999, 912-917; P. PIZZA, *Impugnazione diretta del bando, clausole immediatamente lesive ed interesse a ricorrere: una tutela giurisdizionale incerta*, nota a Cons. Stato, sez. V, 15 giugno 2001, n. 3187, in questa *Rivista*, 2002, 743 ss..

⁽³⁾ Cfr. ora l'art. 76, comma 2-bis, del d. lgs. n. 50/2016, ivi inserito dall'art. 1, comma 1, lett. l), del d.l. 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. sblocca-cantieri), divenuto art. 1, comma 20, lett. n), con la legge di conversione 14 giugno 2019, n. 55, che, qualificandolo come "provvedimento", ribadisce l'onere d'immediata impugnazione dell'atto "che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della verifica della documentazione

preclusive della partecipazione (sia quelle in senso stretto impeditive, inerenti ai requisiti soggettivi di ammissione, sia quelle ad esse ritenute equipollenti, siccome sostanzialmente ostative all'accesso). In queste ultime evenienze (onere di repentina reazione avverso clausole dei bandi "immediatamente escludenti") la legittimazione al ricorso prescinde dalla partecipazione alla procedura, spettando all'operatore economico il cui interesse legittimo al conseguimento dell'aggiudicazione subisce un pregiudizio concreto e attuale ad opera di un bando che determina, esso stesso, l'arresto procedimentale.

La sentenza è già stata adeguatamente annotata, su questa e su altre Riviste⁽⁴⁾. Nella presente nota, onorando un debito contratto con il lettore⁽⁵⁾, ci si limita a prospettare due argomentate critiche all'impostazione tradizionale: la prima conduce a sostituire il bivio entro il quale oscillano da sempre dottrina e giurisprudenza – impugnabilità differita e immediata della *lex specialis* di gara – con l' (inedita, a quanto consta) alternativa tra non impugnabilità *tout-court* della *lex specialis* e sua impugnabilità, immediata quando predicabile; la seconda approda alla tendenziale generalizzazione della non impugnabilità della *lex specialis*, in antitesi alle fibrillazioni che si sono ciclicamente registrate negli ultimi tre lustri in direzione dell'espansione dell'onere della sua immediata contestazione⁽⁶⁾.

2. Da sempre dottrina e giurisprudenza si dibattono nell'alternativa tra impugnabilità differita e immediata della *lex specialis* di gara. Ma, ad avviso di chi scrive, il primo corno del dilemma è mal posto: di ciò si passa a dare dimostrazione, usando come caso di riferimento quello a suo tempo sottoposto alla Plenaria n. 1/2003 e prendendo le mosse da preliminari cenni sulla natura sostanziale della *lex specialis* di gara, oscillante tra provvedimento e atto endoprocedimentale a seconda che le si riconosca o meno attitudine a ledere immediatamente sfere giuridiche altrui, con

attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali", anche se non più con il rito super-speciale di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a, espressamente abrogato dall'art. 1, comma 4, del d.l. n. 32/2019, divenuto art. 1, comma 22, con la legge di conversione n. 55/2019, per i processi iniziati a partire dal 18 giugno 2019 (art. 1, comma 23, del d.l. n. 32/2019, modificato dalla legge di conversione n. 55/2019 e art. 1, comma 3, della stessa legge n. 55/2019).

⁽⁴⁾ In questa *Rivista*, 2018, 1393 ss., con nota di S. TERRACCIANO, *Immediata impugnazione dei bandi di gara: tra novità legislative e conferme giurisprudenziali*. Cfr. altresì A. BERTI SUMAN, *L'immediata impugnazione delle clausole del bando di gara e il ruolo dell'interesse strumentale nel (nuovo) contenzioso appalti. A margine della Adunanza Plenaria n. 4/2018*, in www.giustizia-amministrativa.it, maggio 2018; S. TRANQUILLI, *Brevi note sulla fine della parabola del revirement giurisprudenziale sull'onere di immediata impugnazione delle clausole del bando "non escludenti"*, in *Foro amm.*, 2018, 331 ss.; A. MEALE, *La legittimazione all'impugnazione della lex specialis*, in *Urb. app.*, 2018, 785 ss..

⁽⁵⁾ L. BERTONAZZI, *Noticine sull'ambito applicativo della problematica nozione di giudicato implicito nel giudizio amministrativo*, in questa *Rivista*, 2018, 1437.

⁽⁶⁾ Il riferimento è ai tre tentativi di superamento della Plenaria n. 1/2003, negli anni 2011, 2012 e 2013, da parte della Sesta Sezione del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. VI, ord. 18 gennaio 2011, n. 351; Cons. Stato, sez. VI, ord. 8 maggio 2012, n. 2633; Cons. Stato, sez. VI, ord. 1 febbraio 2013, n. 634), nonché agli analoghi tentativi, nell'anno 2017, da parte della Terza Sezione del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014; Cons. Stato, sez. III, ord. 7 novembre 2017, n. 5138, su cui è intervenuta la Plenaria n. 4/2018): cfr., più diffusamente, L. BERTONAZZI, *Note sull'impugnabilità dei bandi di gara o di concorso in attesa dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in www.giustamm.it, n.1/2018, spec. paragrafi 3 e 4.

quel che ne consegue sul triplice versante dell'individuazione dell'oggetto del giudizio, dell'efficacia oggettiva della sentenza di annullamento e del suo effetto conformativo⁽⁷⁾.

Si rammenta, per comodità del lettore, la fattispecie su cui ebbe a decidere la Plenaria n. 1/2003: un concorrente impugnava la propria esclusione, maturata in applicazione di una clausola della lettera di invito relativa alla verifica di anomalia delle offerte. Il ricorrente lamentava l'illegittimità di detta clausola – che prescriveva, in difetto dei presupposti di legge, l'esclusione automatica dell'offerta sospetta di anomalia – e, in via derivata, l'illegittimità della propria esclusione. L'impugnativa era estesa all'aggiudicazione a favore del controinteressato, a sua volta censurata per illegittimità derivata. Il controinteressato obiettava la tardiva contestazione della *lex specialis*. Il TAR respingeva l'eccezione e accoglieva il ricorso nel merito. Nell'appello la stazione appaltante si doleva anzitutto della reiezione, da parte del TAR, dell'eccezione di tardività dell'impugnazione della *lex specialis*.

Nella prospettiva prescelta dal ricorrente e avallata dal TAR, due sono i provvedimenti che formano oggetto del ricorso: l'esclusione del ricorrente e l'aggiudicazione al controinteressato. Due sono, pertanto, le domande giudiziali di annullamento svolte dal ricorrente. La circostanza che il vizio di legittimità si annidi nella lettera di invito, così da riverberarsi sui successivi provvedimenti (esclusione e aggiudicazione), non vale ad annetterle, *in parte qua* ⁽⁸⁾, la natura di provvedimento e a convogliarla nell'oggetto del giudizio (e, quindi, a rendere tre, anziché due, le domande giudiziali di annullamento formulate dal ricorrente). La lettera di invito non è un provvedimento, ma un atto endoprocedimentale, in coerenza con la sua collocazione nell'ambito della procedura, e tale resta pure quando, per avventura, ospiti il vizio di legittimità destinato a ripercuotersi sulla successiva serie procedimentale, fino ad invalidarne il provvedimento conclusivo.

Diversamente stanno le cose se ci si pone all'interno della linea difensiva propugnata dalle parti intimiate, dapprima nel giudizio di primo grado ⁽⁹⁾ e poi nel ricorso in appello ⁽¹⁰⁾: la lettera di invito assume la natura di provvedimento (di cui si predica l'onera d'immediata impugnazione) ed entra a comporre l'oggetto del giudizio, nel quale confluiscono, perciò, tre domande giudiziali di annullamento, che vertono, rispettivamente, sulla lettera di invito, sull'esclusione del ricorrente e sull'aggiudicazione al controinteressato. A nulla importa, poi, che i tre provvedimenti risultino così ravvicinati da essere simultaneamente gravati con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, oppure distanziati nel tempo, cosicché la reiezione della domanda cautelare svolta a corredo del ricorso introduttivo, avente ad oggetto la lettera di invito, dà adito a motivi aggiunti avverso l'esclusione del ricorrente e l'aggiudicazione al controinteressato.

Non sorprende che la natura, provvedimentale o meno, di un atto a ubicazione infraprocedimentale – quale la lettera di invito – venga a dipendere dalla sua attitudine o inattitudine ad infliggere lesioni concrete e attuali a sfere giuridiche altrui: così si è sempre ragionato, infatti, per l'esclusione dalla gara, che, a dispetto della sua collocazione

⁽⁷⁾ Sull'oggetto del giudizio amministrativo (di legittimità), cfr. S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016, cap. II della Parte Seconda e cap. IV, sez. II, della Parte Terza.

⁽⁸⁾ E cioè nella parte in cui prescriveva, nel caso di specie, l'esclusione automatica – anziché in contraddittorio – dell'offerta sospetta di anomalia, in difetto dei presupposti di legge.

⁽⁹⁾ Si allude all'eccezione (in senso lato) di tardiva contestazione della *lex specialis*, articolata dal controinteressato davanti al TAR (cfr. *supra*).

⁽¹⁰⁾ Si allude al primo motivo di appello prospettato dalla stazione appaltante (cfr. *supra*).

endoprocedimentale, è (sempre stata ritenuta ed è senz'altro)⁽¹¹⁾ provvedimento, proprio perché immediatamente lesiva dell'interesse sostanziale di chi ne è destinatario.

Nel caso deciso dalla Plenaria n. 1/2003 la lettera di invito fluttua tra atto endoprocedimentale (in coerenza con la sua posizione nell'*iter* procedurale) e provvedimento (a dispetto di detta posizione): l'opzione per l'una o per l'altra qualificazione (sostanziale) è decisa da un profilo processuale, inerente all'interesse (processuale) al ricorso, e cioè dall'idoneità o inidoneità dell'invito a procurare lesioni concrete e attuali alle altrui sfere giuridiche.

Aderendo alla tesi sostenuta dalle parti intime, la domanda giudiziale di annullamento della lettera di invito dovrebbe essere dichiarata, anche d'ufficio, irricevibile per tardività (art. 35, comma 1, lett. a), c.p.a.), rispetto al termine di decadenza di trenta giorni decorrenti dalla comunicazione della lettera di invito medesima (cfr. l'art. 120, comma 5, c.p.a., nella parte in cui menziona la "conoscenza dell'atto", che coincide, per quel che ora rileva, con la ricevuta comunicazione dell'invito). La dichiarazione giudiziale di tardività si propagherebbe alle domande di annullamento dei consequenziali provvedimenti (esclusione del ricorrente e aggiudicazione al controinteressato), siccome censurati per illegittimità derivata.

Stando, invece, al modo – giudicato rituale dal TAR – in cui il ricorrente ha esercitato il diritto di azione, non sarebbe neppure rintracciabile (contrariamente a quanto, discorrendo di impugnazione differita o postergata, si è soliti ritenere) una domanda giudiziale di annullamento della lettera di invito.

Questa è, ad avviso di chi scrive, la corretta (re)impostazione del problema. Se la lettera di invito è (considerata come) immediatamente lesiva di sfere giuridiche altrui, assume la natura di provvedimento, a dispetto (del criterio topografico) della sua collocazione infraprocedimentale. Assumendo la natura di provvedimento, entra a comporre l'oggetto del giudizio *sub specie* di specifico *petitum* di un'apposita domanda giudiziale di annullamento, passibile di vedersi affiancata, in un cumulo originario o sopravvenuto⁽¹²⁾, dalle connesse domande giudiziali di annullamento dell'esclusione del ricorrente e dell'aggiudicazione al controinteressato. L'accoglimento della domanda giudiziale di annullamento della lettera di invito: *a*) sul piano dell'efficacia oggettiva della sentenza (che riflette l'oggetto del giudizio), comporta – per il meccanismo dell'invalidità derivata – la simultanea eliminazione dei consequenziali provvedimenti (esclusione del ricorrente e aggiudicazione al controinteressato); *b*) sul piano dell'effetto conformativo della sentenza, prelude alla rinnovazione della procedura a partire dalla diramazione delle lettere di invito. Esito, quest'ultimo, che appare *prima facie* distonico rispetto all'interesse (sostanziale e processuale) del ricorrente a conseguire l'aggiudicazione: si pensi – sempre prendendo spunto dal caso sottoposto alla Plenaria n. 1/2003 – ad un ricorrente che ha ottenuto il miglior punteggio nella valutazione delle offerte tecniche, ha presentato l'offerta economica più competitiva e attende una verifica dell'anomalia della sua offerta in contraddittorio con la stazione

⁽¹¹⁾ Oggi con il conforto testuale dell'art. 76, comma 2-*bis*, del d. lgs. n. 50/2016, ivi inserito dall'art. 1, comma 1, lett. l), del d.l. n. 32/2019, divenuto art. 1, comma 20, lett. n), con la legge di conversione n. 55/2019, relativamente alle esclusioni in seguito alla valutazione dei requisiti soggettivi di partecipazione, e del comma 5, lett. a), dello stesso art. 76 cit., che, come già in precedenza l'art. 79, comma 5, lett. a), del d. lgs. n. 163/2006, dà per scontata, in termini generali, l'impugnabilità delle esclusioni ("... se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione o sono in termini per presentare impugnazione ...").

⁽¹²⁾ Artt. 43 e 120, comma 7, c.p.a..

appaltante, in luogo dell'esclusione automatica illegittimamente (decretata in quanto illegittimamente) prescritta nella lettera di invito per le offerte sospette di anomalia.

Se, invece, la lettera di invito è (considerata come) non immediatamente lesiva di sfere giuridiche altrui, non assume la natura di provvedimento, bensì quella – aderente alla sua ubicazione all'interno della procedura – di atto endoprocedimentale, ragione per cui non entra a comporre l'oggetto del giudizio. Difettando una domanda giudiziale di annullamento della lettera di invito, neppure è ipotizzabile un suo accoglimento: la rinnovazione della procedura non avviene, pertanto, a partire dalla diramazione delle lettere di invito, eccettuate le sole ipotesi di idoneità del vizio di legittimità giudizialmente accertato nella *lex specialis* ad influire sulla formulazione delle offerte. Nella fattispecie decisa dalla Plenaria n. 1/2003 l'accoglimento delle domande giudiziali di annullamento dell'esclusione del ricorrente e dell'aggiudicazione al controinteressato comporta la riedizione della procedura a partire dalla verifica dell'anomalia dell'offerta del ricorrente vittorioso, e non dall'inoltro degli inviti a presentare le offerte (con conseguente rinnovazione della fase di presentazione delle offerte): scenario che appare congruente con l'interesse (sostanziale e processuale) del ricorrente a ottenere l'aggiudicazione.

Così (re)impostato il problema, tutto sta nel decifrare l'attitudine o l'inattitudine della *lex specialis* di gara ad arrecare pregiudizi concreti e attuali alle sfere giuridiche altrui. Questo profilo – pur essendo in sé processuale, poiché attiene alla sussistenza o meno dell'interesse (processuale) al ricorso – pone un'ipoteca decisiva sulla natura sostanziale della *lex specialis*, altrimenti pendolante tra atto endoprocedimentale (in linea con la sua posizione nell'ambito della procedura) e provvedimento (nonostante detta posizione, *ad instar* di quanto si reputa da sempre per l'esclusione).

Si anticipa che, in un continuo intrecciarsi di diritto sostanziale e processuale, la soluzione di un tema che appare in sé puramente processuale – in quanto inerente, si ribadisce, alla sussistenza o meno dell'interesse (processuale) al ricorso – è, a ben vedere, condizionata dalla fisionomia che s'imprime, sul piano sostanziale, all'interesse legittimo dell'operatore aspirante all'aggiudicazione⁽¹³⁾.

3. Nella misura in cui è (considerata come) incapace di attingere in maniera concreta e attuale le altrui sfere giuridiche, la *lex specialis* non assume la natura di provvedimento, bensì quella – coerente con la sua inserzione all'interno dell'*iter* procedurale – di atto endoprocedimentale: non entra pertanto a comporre l'oggetto del giudizio; risulta inammissibile, per carenza d'interesse ad agire, una domanda giudiziale volta alla sua eliminazione. E', al più, atto endoprocedimentale che ospita un vizio di legittimità destinato a trasmettersi al provvedimento conclusivo, giammai provvedimento che definisce o contribuisce a definire l'oggetto del giudizio.

I provvedimenti applicativi (propria esclusione quale che ne sia la ragione, altrui ammissione all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi di partecipazione⁽¹⁴⁾, aggiudicazione ad altri) sono affetti da annullabilità per "contatto procedimentale" o, "se si crede, per contagio e incorporazione del vizio nel provvedimento finale", secondo lo schema di trasmissione

⁽¹³⁾ Cfr. il successivo par. 4.

⁽¹⁴⁾ Cfr. oggi l'art. 76, comma 2-*bis*, del d. lgs. n. 50/2016, ivi inserito dall'art. 1, comma 1, lett. l), del d.l. n. 32/2019, divenuto art. 1, comma 20, lett. n), con la legge di conversione n. 55/2019.

dell'antigiuridicità dagli atti preparatori (inidonei a produrre effetti verso l'esterno) al provvedimento conclusivo⁽¹⁵⁾.

L'annullamento dei provvedimenti applicativi – i soli ad essere gravati – non comporta la rinnovazione della procedura a partire da una nuova *lex specialis*, se non per l'eventuale attitudine del vizio di legittimità in essa giudizialmente appurato ad influire sulla conformazione delle offerte. In particolare, l'annullamento dei provvedimenti applicativi – che esauriscono l'oggetto del giudizio – non prelude alla riedizione della procedura a partire da una nuova *lex specialis* tutte le volte in cui il vizio di legittimità in essa giudizialmente colto: *a*) è assistito da un interesse a ricorrere di tipo finale (interesse all'immediato conseguimento dell'anelato bene della vita: l'aggiudicazione del contratto); *b*) pur poggiando su un interesse a ricorrere di stampo strumentale (interesse a ritagliarsi una nuova *chance* di aggiudicazione), è inidoneo ad incidere sui contenuti dell'offerta; *c*) è supportato da un interesse a ricorrere affievolito (art. 76, comma 2-*bis*, del d. lgs. n. 50/2016)⁽¹⁶⁾, appagato dalla prospettiva di una lesione solamente futura ed incerta, quale è quella associata alla duplice eventualità che il concorrente ammesso divenga un domani aggiudicatario e chi ne ha contestato l'ammissione conservi interesse a coltivare il gravame.

Quanto all'ipotesi *sub a*), si pensi, ancora una volta, alla fattispecie decisa dalla Plenaria n. 1/2003⁽¹⁷⁾, nella quale l'accoglimento delle domande giudiziali di annullamento dell'esclusione del ricorrente e dell'aggiudicazione al controinteressato, ancorché basato su un vizio di legittimità insito nella lettera di invito, prelude alla riedizione della procedura a partire dalla verifica dell'anomalia dell'offerta del ricorrente vittorioso in contraddittorio con la stazione appaltante, e non dalla diramazione degli inviti a presentare offerta (con conseguente rinnovazione della fase di presentazione delle offerte).

Quanto all'ipotesi *sub b*), si consideri, ad esempio, l'illegittimità della *lex specialis* nella parte in cui prescrive la seduta riservata per l'apertura delle offerte tecniche⁽¹⁸⁾: l'accoglimento della domanda giudiziale di annullamento dell'aggiudicazione al controinteressato comporta bensì la rinnovazione della fase di presentazione delle offerte, quale conseguenza della *ratio* della violata regola di pubblicità⁽¹⁹⁾, ma non anche una nuova *lex specialis*. Per contro, postulare – secondo quanto si è soliti fare – l'impugnazione (differita) e l'annullamento, anzitutto, della *lex specialis*, nella parte in cui trasgredisce la regola di pubblicità, conduce alla riedizione integrale della gara, a

⁽¹⁵⁾ G. GRECO, *La trasmissione dell'antigiuridicità (dell'atto amministrativo illegittimo)*, in questa *Rivista*, 2005, 329 e 335.

⁽¹⁶⁾ Ivi inserito dall'art. 1, comma 1, lett. l), del d.l. n. 32/2019, divenuto art. 1, comma 20, lett. n), con la legge di conversione n. 55/2019, che, nel qualificarlo come "provvedimento", ribadisce l'onere d'immediata impugnazione dell'atto che determina le altrui ammissioni all'esito della verifica della documentazione attestante i requisiti partecipativi, anche se non più con il rito super-speciale di cui all'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., espressamente abrogato dall'art. 1, comma 4, del d.l. n. 32/2019, divenuto art. 1, comma 22, con la legge di conversione n. 55/2019, per i processi iniziati a partire dal 18 giugno 2019 (art. 1, comma 23, del d.l. n. 32/2019, modificato dalla legge di conversione n. 55/2019 e art. 1, comma 3, della stessa legge n. 55/2019).

⁽¹⁷⁾ Cfr. il precedente paragrafo 2.

⁽¹⁸⁾ Si prende spunto dalla fattispecie su cui è intervenuto Cons. Stato, sez. VI, ord. n. 634/2013 cit..

⁽¹⁹⁾ Che è quella di scongiurare il rischio di manomissioni o manipolazioni delle offerte, se aperte in seduta non pubblica: cfr. Cons. Stato, ad. plen., 28 luglio 2011, n. 13; Cons. Stato, ad. plen., 31 luglio 2012, n. 31; artt. 120, comma 2, e 283, comma 2, d.p.r. n. 207/2010 (come novellati dall'art. 12 del d.l. 7 maggio 2012, n. 52, conv. con mod. in l. 6 luglio 2012, n. 94); Cons. Stato, ad. plen., 22 aprile 2013, n. 8; Cons. Stato, ad. plen., 27 giugno 2013, n. 16; oggi art. 78, comma 1-*bis*, d. lgs. n. 50/2016 e Linee guida ANAC n. 5 (deliberazione ANAC n. 4 del 10 gennaio 2018), *sub* 1.1, n. 8), lett. i), ii), iii).

partire da una nuova *lex specialis*, con possibilità (se si tratta di un bando) che vi prendano parte pure concorrenti nuovi.

L'ipotesi *sub c)* si riferisce all'impugnazione *ex art. 76*, comma *2-bis*, del d. lgs. n. 50/2016⁽²⁰⁾ di un'altrui ammissione basata su una clausola illegittimamente permissiva contenuta nella *lex specialis* di gara: l'accoglimento del ricorso si traduce solamente nell'annullamento dell'altrui ammissione, senza retrocessione della procedura ad una nuova *lex specialis*, con possibilità che vi facciano ingresso nuovi operatori.

Soltanto laddove il vizio di legittimità giudizialmente acclarato nella *lex specialis* sia idoneo ad incidere sulla formulazione delle offerte, l'annullamento dei provvedimenti applicativi – in ogni caso i soli ad essere gravati – apre la strada alla rinnovazione della procedura a partire da una nuova *lex specialis*: si pensi, ad esempio, a vizi inerenti al criterio di aggiudicazione (prezzo più basso in luogo dell'offerta economicamente più vantaggiosa o, nel caso sia adottata quest'ultima, insufficiente predeterminazione di criteri e *sub*-criteri valutativi delle offerte).

Per contro, se e nella misura in cui è (considerata come) immediatamente lesiva di sfere giuridiche altrui, la *lex specialis* esibisce natura provvedimentoale, ad onta della sua ubicazione infraprocedimentale, ed entra a comporre l'oggetto del giudizio, *sub specie* di puntuale *petitum* di una domanda giudiziale di annullamento, suscettibile d'essere affiancata, per lo più in un cumulo sopravvenuto tramite motivi aggiunti e sempre che venga respinta la domanda cautelare allegata al ricorso introduttivo, dalle connesse domande giudiziali di annullamento dell'esclusione del ricorrente e/o dell'aggiudicazione al controinteressato: l'accoglimento della domanda giudiziale di annullamento della *lex specialis* si salda con il coevo annullamento dei consequenziali provvedimenti applicativi (esclusione del ricorrente e/o aggiudicazione al controinteressato)⁽²¹⁾ e propizia, sul terreno dell'effetto conformativo, la riedizione della procedura a partire da una nuova *lex specialis*.

Dato che, nella misura in cui è (considerata come) inidonea ad arrecare una lesione concreta e attuale a sfere giuridiche altrui, la *lex specialis* non assume la natura di provvedimento, nemmeno quando in essa alberghi la ragione di annullabilità destinata a riverberarsi sui successivi provvedimenti applicativi, l'alternativa entro la quale si muovono da sempre dottrina e giurisprudenza (impugnabilità differita e immediata della *lex specialis*) merita d'essere così rimeditata: non impugnabilità *tout-court* della *lex specialis* e sua impugnabilità, con la precisazione che quando è impugnabile lo è immediatamente, nel senso che vi è l'onere della sua immediata impugnazione.

Va abbandonata l'idea dell'impugnabilità della *lex specialis* differita al momento, successivo ed eventuale, della denegata aggiudicazione (o dell'altrui ammissione *ex art. 76*, comma *2-bis*, del d. lgs. n. 50/2016)⁽²²⁾. Se non è un provvedimento, la *lex specialis* non è impugnabile, neppure quando ospita il vizio di legittimità invalidante, in via derivata, i consequenziali provvedimenti applicativi. Questo spiega (ciò che risulterebbe altrimenti inspiegabile, e cioè) perché

⁽²⁰⁾ Ivi inserito dall'art. 1, comma 1, lett. l), del d.l. n. 32/2019, divenuto art. 1, comma 20, lett. n), con la legge di conversione n. 55/2019.

⁽²¹⁾ Provvedimenti applicativi annullati perché invalidati, in via derivata, dalla caducazione del provvedimento presupposto: G. GRECO, *La trasmissione*, cit., 330 e 335.

⁽²²⁾ Ivi introdotto dall'art. 1, comma 1, lett. l), del d.l. n. 32/2019, divenuto art. 1, comma 20, lett. n), con la legge di conversione n. 55/2019.

l'accoglimento delle domande giudiziali di annullamento dei provvedimenti applicativi – i soli ad essere gravati – non comporta la rieffusione della procedura a partire da una nuova *lex specialis*, se non quando il vizio di legittimità in essa giudizialmente stigmatizzato sia potenzialmente interferente con gli elementi costitutivi delle offerte.

4. Come già osservato⁽²³⁾, la natura sostanziale della *lex specialis* di gara, oscillante tra provvedimento e atto endoprocedimentale (nonostante o in linea con la sua ubicazione all'interno della procedura), dipende dalla sua capacità o meno di procurare lesioni concrete e attuali alle sfere giuridiche altrui e, quindi, da un profilo processuale, quale è la sussistenza o meno dell'interesse (processuale) al ricorso. Ma, in un incessante intersecarsi di sostanza e processo, la soluzione di un tema che appare in sé squisitamente processuale (la sussistenza o meno dell'interesse a ricorrere) è condizionata dall'identità che si riconosce, sul piano sostanziale, all'interesse legittimo facente capo a chi aspira all'aggiudicazione.

Ebbene, l'unico interesse sostanziale protetto è quello ad aggiudicarsi il contratto. E' d'obbligo il rinvio alla Plenaria n. 1/2003, cui chi scrive non smette di tributare un grande plauso per aver rifiutato categoricamente, con argomentare assai rigoroso, la "frammentazione" dell'unico interesse sostanziale protetto (all'aggiudicazione del contratto) in un fascio di interessi di "carattere procedimentale", "che individuano utilità di tipo strumentale" (es. interesse alla pubblicità delle sedute dedicate all'apertura delle offerte, interesse alla legittima composizione della commissione aggiudicatrice, interesse a che la competizione sia retta da certi parametri di valutazione delle offerte o, più in generale, interesse a concorrere in una gara conformata da legittime regole di svolgimento), cui si vorrebbe offrire, per il tramite dell'immediata impugnazione della *lex specialis*, "tutela autonoma e anticipata". Una siffatta "polverizzazione" è giudicata "impropria" perché basata, "oggettivamente", su una "confusione" tra l'oggetto dell'interesse sostanziale e la tecnica di protezione ad esso assicurata dall'ordinamento: oggetto dell'interesse sostanziale è l'aggiudicazione del contratto, la sua tutela è garantita dal diritto (sostanziale e processuale) nei limiti della legittimità della gara⁽²⁴⁾.

Invero, nella "struttura della posizione giuridica soggettiva protetta" (interesse legittimo), il "rispetto della norma" non ne segna "l'esito finale", e cioè l'oggetto (il bene della vita), bensì il "mezzo di tutela", nel senso che l'interesse sostanziale gode di tutela nei limiti della legittimità dell'esercizio del potere amministrativo con cui dialoga⁽²⁵⁾.

Ed è proprio l'accennata "confusione", nella quale il tipo di protezione di un interesse sostanziale pretende di assurgerne ad oggetto, a rendere "impropria" la frantumazione dell'unico interesse sostanziale protetto (a conseguire l'aggiudicazione) in una serie di sotto-interessi, accomunati da un'intima (e malcelata) matrice che risiede nell'aspirazione alla legittimità della gara come valore in sé e reclama, quale naturale complemento, il presidio di una giurisdizione di marca oggettiva.

Se la Plenaria n. 4/2018, che pure ha ribadito l'impostazione tradizionale, non ha sfoggiato una motivazione altrettanto limpida e incisiva, è solo perché si è trovata a fare i conti con l'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., che, per quanto disposizione eccezionale, avrebbe dato sostanza e tutela ad

⁽²³⁾ Cfr. il precedente paragrafo 2.

⁽²⁴⁾ Cfr. il punto 9 del "Diritto" della Plenaria n. 1/2003.

⁽²⁵⁾ R. VILLATA, "Novità" in *tema di impugnativa*, cit., 916.

un interesse legittimo, “di nuovo conio”, alla giusta formazione della platea dei concorrenti in un momento anteriore alla valutazione delle offerte (o, se si preferisce conservare una sbiadita patina soggettiva, alla riduzione del numero dei competitori, con incremento delle *chances* di aggiudicazione)⁽²⁶⁾. Anche se, in tutta franchezza, la Plenaria n. 4/2018 ben avrebbe potuto – e dovuto – evitare il cedimento al fascino, tutt’altro che irresistibile, dell’interesse legittimo “di nuovo conio”⁽²⁷⁾ e cogliere la novità di una disposizione indubbiamente eccentrica (e difatti qualificata come eccezionale)⁽²⁸⁾ nell’affievolimento di un interesse a ricorrere ancorato alla prospettiva di una lesione solamente futura ed incerta⁽²⁹⁾, impregiudicata, per l’appunto, l’identificazione sul piano sostanziale dell’interesse all’aggiudicazione del contratto come unico interesse protetto⁽³⁰⁾.

I soli atti forieri di lesioni concrete e attuali all’interesse sostanziale all’aggiudicazione – e, quindi, i soli provvedimenti che costellano la procedura – sono: l’esclusione, l’aggiudicazione ad altri e, prima nel vigore dell’art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a. e oggi nel vigore dell’art. 76, comma 2-*bis*, del d. lgs. n. 50/2016, le altrui ammissioni all’esito della valutazione dei requisiti soggettivi di partecipazione. Trascurando per il momento le cosiddette clausole preclusive della partecipazione, la *lex specialis* di gara è ordinariamente incapace di ledere con immediatezza l’interesse sostanziale all’aggiudicazione.

⁽²⁶⁾ Cfr. il punto 19.3.8 del “Diritto” della Plenaria n. 4/2018: “ ... ritiene l’Adunanza plenaria che con la detta prescrizione normativa il legislatore abbia inteso espressamente riconoscere autonoma rilevanza ad un interesse procedimentale (quello legato alla corretta formazione della platea dei concorrenti) riconoscendo ad esso una rapida protezione giurisdizionale”: garantire una pronta tutela processuale ad un interesse procedimentale significa attribuirgli connotati sostanziali. Cfr. altresì il punto 19.3.10 del “Diritto” della Plenaria n. 4/2018, ove si discorre di “emersione anticipata di un distinto interesse ... di nuovo conio”, “procedimentale” e “strumentale” (rispetto all’interesse al conseguimento del contratto), “che, comunque, rimane proprio e personale del concorrente, e quindi distinto dall’interesse generale” alla legittimità della gara.

⁽²⁷⁾ Interesse sostanziale asseritamente diverso ed autonomo da quello all’aggiudicazione e, nel contempo, ad esso strumentale.

⁽²⁸⁾ Cfr. S. TRANQUILLI, *Il rito “super-speciale” tra i sollevati dubbi di compatibilità euro-unitaria e i nodi sciolti dalla sentenza dell’Adunanza Plenaria n. 4/2018*, in *Foro amm.*, 2018, 352-353.

⁽²⁹⁾ Lesione (dell’interesse sostanziale all’aggiudicazione) futura e incerta (anziché concreta e attuale), poiché associata alla duplice eventualità che colui la cui ammissione è contestata si aggiudichi un domani il contratto e che colui che l’ha contestata conservi interesse a coltivare il ricorso. Si tratta di un interesse a ricorrere dal legislatore affievolito, e tuttavia non del tutto soppresso perché, se così fosse, risulterebbe ammessa l’impugnativa della propria ammissione.

Il discorso rimane attuale nonostante l’avvenuta abrogazione del rito super-speciale di cui all’art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a. ad opera dell’art. 1, comma 4, del d.l. n. 32/2019, divenuto art. 1, comma 22, con la legge di conversione n. 55/2019, poiché l’art. 76, comma 2-*bis*, del d. lgs. n. 50/2016, ivi introdotto dall’art. 1, comma 1, lett. l), dello stesso d.l. n. 32/2019, divenuto art. 1, comma 20, lett. n) con la legge di conversione n. 55/2019, nel qualificarlo come “provvedimento”, ha ribadito l’onere d’immediata impugnazione dell’atto recante le altrui ammissioni all’esito della verifica della documentazione attestante i requisiti partecipativi.

⁽³⁰⁾ Prospettiva prescelta da TAR Piemonte, sez. I, ord. 17 gennaio 2018, n. 88 (che si è rivolto alla CGUE, dubitando della compatibilità con le pertinenti coordinate europee dell’onere di promuovere un’iniziativa processuale – l’impugnativa delle altrui ammissioni – precoce, attesa l’assenza di lesione concreta e attuale dell’interesse sostanziale all’aggiudicazione, e suscettibile di rivelarsi inutile alla luce degli esiti della gara: dubbio non condiviso da GGUE, sez. IV, ord. 14 febbraio 2019, C-54/18), nonché da TAR Puglia, Bari, sez. III, ord. 20 giugno 2018, n. 903 e ord. 20 luglio 2018, n. 1097, che per analoghe ragioni ha interpellato la Corte costituzionale. Quest’ultima – si badi – non potrà esimersi dal pronunciarsi nel merito poiché l’abrogazione dell’art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a. ad opera dell’art. 1, comma 4, del d.l. n. 32/2019, divenuto art. 1, comma 22, con la legge di conversione n. 55/2019, vale per i soli processi iniziati a partire dal 18 giugno 2019 (art. 1, comma 23, del d.l. n. 32/2019, modificato dalla legge di conversione n. 55/2019 e art. 1, comma 3, della stessa legge n. 55/2019).

Assumendo l'alternativa tra non impugnabilità *tout-court* della *lex specialis* e sua impugnabilità (immediata quando predicabile)⁽³¹⁾ – e lasciando per ora in disparte le cosiddette clausole impeditive dell'ammissione – la *lex specialis* di gara è normalmente *non impugnabile* (e non – come si dice comunemente – impugnabile insieme ai provvedimenti applicativi).

E' opportuno riassumere qui di seguito, a mo' di sintetico schema, quanto fin qui esposto:

- a) l'unico interesse protetto, sul piano sostanziale, è quello ad aggiudicarsi il contratto;
- b) prescindendo per il momento dalle cosiddette clausole ostative alla partecipazione, la *lex specialis* di gara è ordinariamente priva di attitudine ad arrecare lesioni concrete e attuali all'interesse sostanziale all'aggiudicazione;
- c) la *lex specialis* non assume pertanto la natura di provvedimento, bensì quella – coerente con la sua collocazione all'interno della procedura – di atto endoprocedimentale;
- d) la *lex specialis*, di conseguenza, non entra a comporre l'oggetto del giudizio, neppure quando si trovi per avventura ad ospitare un vizio di legittimità destinato a trasmettersi ai successivi provvedimenti applicativi (propria esclusione, altrui ammissione all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi di partecipazione⁽³²⁾, aggiudicazione ad altri);
- e) l'annullamento dei provvedimenti applicativi – in ogni caso i soli ad essere gravati – non apre la via alla rinnovazione della procedura a partire da una nuova *lex specialis*, se non quando il vizio di legittimità in essa giudizialmente colto sia idoneo ad incidere sulla formulazione delle offerte, ad esempio perché inerente al criterio di aggiudicazione;
- f) il dilemma entro il quale ondeggiavano da sempre dottrina e giurisprudenza (impugnabilità differita e immediata della *lex specialis*) va così ripensato: non impugnabilità *tout-court* della *lex specialis* e sua impugnabilità, immediata quando predicabile;
- g) lasciando per ora in disparte le cosiddette clausole preclusive dell'ammissione, la *lex specialis* è normalmente *non impugnabile* (e non – come si è soliti dire – impugnabile in uno con i provvedimenti applicativi).

5. Il diritto vivente, di recente ribadito dalla Plenaria n. 4/2018, esige l'immediata impugnazione delle clausole della *lex specialis* "impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione", poiché in tali ipotesi la clausola del bando, "precludendo essa stessa la partecipazione dell'interessato alla procedura concorsuale, appare idonea a generare una lesione immediata" della sua situazione soggettiva: "l'eventuale atto dell'amministrazione procedente, volto ad escludere dalla procedura concorsuale l'interessato privo di uno dei requisiti previsti dal bando", presenta un "valore meramente dichiarativo e ricognitivo di un effetto e di una lesione" già rinvenienti direttamente dal bando (così nel punto 6 del "Diritto" della Plenaria n. 1/2003)⁽³³⁾.

Il fatto di trovarsi al cospetto del diritto vivente non esime lo studioso dal porsi e porre domande, animate da un costruttivo spirito critico: davvero l'atto che espelle un concorrente sguarnito di un requisito di ammissione prescritto dal bando è puramente ricognitivo di un effetto giuridico

⁽³¹⁾ Cfr. il precedente paragrafo 3.

⁽³²⁾ Cfr. art. 76, comma 2-bis, del d. lgs. n. 50/2016, ivi inserito dall'art. 1, comma 1, lett. l), del d.l. n. 32/2019, divenuto art. 1, comma 20, lett. n), con la legge di conversione n. 55/2019.

⁽³³⁾ Cfr. Corte cost., 22 novembre 2016, n. 245, punto 3.2 del "Considerato in diritto", ove l'impostazione della Plenaria n. 1/2003 è definita, a tredici anni di distanza, "acquisizione consolidata".

(l'esclusione) già prodotto dal bando? Davvero tale atto non innova la realtà giuridica con la costituzione dell'effetto di estromissione del concorrente dalla gara?⁽³⁴⁾

Ciò non vale senz'altro per lo speculare atto di ammissione del concorrente sprovvisto di un requisito partecipativo stabilito dalla *lex specialis* (non importa se esplicitamente o mediante sua etero-integrazione ad opera di norme imperative).

Ma quando un effetto giuridico si produce secondo lo schema 'norma – fatto – effetto' (in tesi: al verificarsi del fatto dell'assenza, in capo ad un operatore, del requisito di partecipazione previsto dal bando si avvera, per quell'operatore, l'arresto procedimentale) sono del tutto prive di rilievo giuridico (*tamquam non essent*) successive determinazioni amministrative di qualunque segno, negativo ma anche positivo. Delle prime non può dirsi, a rigore, che sono 'dovute', né che sono 'legittime', così come le seconde non sono qualificabili in termini di illegittimità.

Si badi: non si vuole qui sostenere che il bando sia atto normativo⁽³⁵⁾ – in contrasto, da ultimo, con il dato testuale dell'art. 211, comma 1-*bis*, del d. lgs. n. 50/2016⁽³⁶⁾ – ma pare concettualmente corretto il parallelo tra l'effetto giuridico *ex lege*, sprigionato immediatamente dalla legge, senza intermediazione del potere amministrativo, e l'effetto giuridico *ex lege specialis contractus*, che deriva – in tesi consolidata di cui si sta saggiando l'effettiva tenuta – direttamente dal bando, senza che residui spazio per una successiva manifestazione di volontà della stazione appaltante. Se la dinamica di produzione degli effetti giuridici aderisse allo schema 'norma – fatto – effetto' (e, quindi, se l'effetto giuridico di espulsione dalla procedura originasse dallo stesso bando), risulterebbero relegati nel limbo dell'irrelevanza giuridica tanto il successivo atto di pedissequa applicazione, meramente ricognitivo di un effetto (l'esclusione) già scaturito dal bando, quanto quello, eguale e contrario, che ambisse a disporre di un effetto indisponibile (l'esclusione) perché già determinato direttamente e interamente dal bando.

Prescindendo prima dall'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a.⁽³⁷⁾ e ora dall'art. 76, comma 2-*bis*, del d. lgs. n. 50/2016⁽³⁸⁾, l'atto di ammissione di un concorrente privo di un requisito partecipativo stabilito dal bando è sempre stato considerato un atto endoprocedimentale capace di intaccare, in via derivata, la legittimità del provvedimento di aggiudicazione nella parte in cui contempla un concorrente, aggiudicatario o meno, che avrebbe meritato l'esclusione⁽³⁹⁾.

⁽³⁴⁾ L.R. PERFETTI, *Interesse a ricorrere e confini dell'azione di annullamento*, cit., 859-860, argomentando dall'inquadramento del bando tra gli atti amministrativi generali, dubita dell'equiparazione della clausola cosiddetta 'escludente' ad un immediato 'divieto di partecipazione' alla gara. Uno spunto in tal senso si rinveniva già in Cons. Stato, sez. IV, ord. 10 aprile 1998, n. 582, in *Giur. it.*, 1998, 2187, con nota di E. CANNADA BARTOLI, *In tema di atti generali e disapplicazione amministrativa*, non assecondato però da Cons. Stato, ad. plen., ord. 4 dicembre 1998, n. 1, in *Cons. Stato*, 1998, 1887: ne danno conto M. RAMAJOLI-B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, 96-97, anche nota 115.

⁽³⁵⁾ E' rimasta isolata, in tal senso, Cons. Stato, sez. V, 13 gennaio 2011, n. 172, in questa *Rivista*, 2011, 1476 ss., con nota di G. DE ROSA, *Disapplicazione del bando di gara: il Consiglio di Stato riapre il dibattito?*

⁽³⁶⁾ "L'ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali ...".

⁽³⁷⁾ Abrogato espressamente dall'art. 1, comma 4, del d.l. n. 32/2019, divenuto art. 1, comma 22, con la legge di conversione n. 55/2019, per i processi iniziati a partire dal 18 giugno 2019 (art. 1, comma 23, del d.l. n. 32/2019, modificato dalla legge di conversione n. 55/2019 e art. 1, comma 3, della stessa legge n. 55/2019).

⁽³⁸⁾ Ivi introdotto dall'art. 1, comma 1, lett. l), del d.l. n. 32/2019, divenuto art. 1, comma 20, lett. n), con la legge di conversione n. 55/2019.

⁽³⁹⁾ Si pensi alla tormentata e non ancora sopita vicenda del ricorso incidentale escludente.

La circostanza che l'atto di ammissione di un concorrente carente di un requisito partecipativo stabilito dal bando sia rilevante giuridicamente induce a dubitare che davvero lo speculare atto di esclusione – di un concorrente parimenti mancante di un requisito di ammissione prescritto dal bando – presenti un valore puramente ricognitivo/dichiarativo di un effetto (l'esclusione) già direttamente prodotto dalla *lex specialis* di gara.

Delle due l'una: o la stazione appaltante, dopo aver stabilito nel bando un requisito di ammissione, non conserva alcun potere amministrativo puntuale di ammissione e di esclusione, essendosi l'arresto procedimentale già prodotto con la pubblicazione del bando, sicché la sorte del concorrente sprovvisto del requisito di ammissione è, in ogni caso, attratta nello schema 'norma – fatto – effetto' e regolata direttamente e solamente dal bando; o, al contrario, la stazione appaltante resta investita del potere puntuale di ammettere ed escludere i concorrenti, sia pure in pedissequa applicazione della pertinente clausola del bando⁽⁴⁰⁾, ma allora l'effetto giuridico di esclusione prende corpo secondo lo schema 'norma – potere – effetto'.

Non convince una soluzione eclettica in cui coesistono due dinamiche giuridiche⁽⁴¹⁾ in funzione di un evento accidentale, quale è la pedissequa applicazione o la trasgressione di una clausola del bando che stabilisce (esplicitamente o mediante etero-integrazione ad opera di norme imperative) un requisito di ammissione.

Una conferma decisiva è venuta, negli anni più recenti, dall'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a.⁽⁴²⁾ e, da ultimo, dall'art. 76, comma 2-*bis*, del d. lgs. n. 50/2016⁽⁴³⁾, che, nel qualificare come "provvedimento" l'atto, a collocazione endoprocedimentale, determinativo delle "esclusioni" dalla gara e delle "ammissioni" alla stessa, "all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 [del d. lgs. n. 50/2016], nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali" (di cui all'art. 83 dello stesso d. lgs. n. 50/2016), postulano, in tutti i casi, una dinamica di produzione degli effetti giuridici, di ammissione e di esclusione, ancorata allo schema 'norma – potere – effetto': sia quando è illegittimamente ammesso un concorrente carente di un requisito partecipativo⁽⁴⁴⁾, sia quando per la stessa ragione il concorrente è legittimante (e doverosamente) estromesso.

Inoltre, vale la pena di precisare che non sempre la ragione dell'esclusione, per mancanza di un requisito partecipativo, risiede in una "situazione di fatto preesistente rispetto al bando e totalmente indipendente dalle vicende successive della procedura" (così, invece, nel punto 6 del

⁽⁴⁰⁾ Altro è la rilevanza giuridica di un atto, intesa come capacità di costituire effetti giuridici e di innovare la realtà giuridica, altro ancora il carattere vincolato o discrezionale del suo contenuto dispositivo, che presuppone logicamente la rilevanza giuridica dell'atto e deriva dalla relazione ch'esso intrattiene con altri atti, amministrativi e normativi, collocati a monte: cfr. R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 78-79.

⁽⁴¹⁾ Per le quali è d'obbligo il rinvio a A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3 ss, ove è ripreso l'insegnamento di Enzo Capaccioli.

⁽⁴²⁾ Abrogato espressamente dall'art. 1, comma 4, del d.l. n. 32/2019, divenuto art. 1, comma 22, con la legge di conversione n. 55/2019, per i processi iniziati a partire dal 18 giugno 2019 (art. 1, comma 23, del d.l. n. 32/2019, modificato dalla legge di conversione n. 55/2019 e art. 1, comma 3, della stessa legge n. 55/2019).

⁽⁴³⁾ Ivi inserito dall'art. 1, comma 1, lett. l), del d.l. n. 32/2019, divenuto art. 1, comma 20, lett. n), con la legge di conversione n. 55/2019.

⁽⁴⁴⁾ Sul che nessuno ha mai dubitato, neppure quando l'altrui ammissione, prima dell'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a. e dell'art. 76, comma 2-*bis*, del d. lgs. n. 50/2016, integrava un atto endoprocedimentale capace di invalidare, in via derivata, il provvedimento di aggiudicazione nella parte in cui contemplava un concorrente, aggiudicatario o meno, che avrebbe meritato l'esclusione per mancanza di un requisito di ammissione stabilito nel bando.

“Diritto” della Plenaria n. 1/2003): basti pensare al caso del concorrente che smarrisce un requisito di ammissione in corso di gara. La sua esclusione⁽⁴⁵⁾, che peraltro implica la rimozione del precedente atto (ormai provvedimento)⁽⁴⁶⁾ di ammissione, è – oggi come ieri – provvedimento basato su una situazione fattuale sopravvenuta anziché preesistente al bando. Non a caso l’art. 80, comma 6, del d. lgs. n. 50/2016 prevede che l’esclusione di un operatore possa maturare “in qualunque momento della procedura”, anche come conseguenza “di atti compiuti o omessi” dallo stesso operatore “nel corso della procedura”.

Si confida di aver dimostrato che:

- a) le cosiddette clausole preclusive della partecipazione, contenute nella *lex specialis* di gara, non determinano, esse stesse, l’effetto giuridico dell’esclusione dalla procedura dell’operatore privo di un requisito di ammissione;
- b) anche nella parte in cui stabilisce i requisiti di ammissione, la *lex specialis* è inidonea ad arrecare lesioni concrete e attuali all’interesse sostanziale all’aggiudicazione;
- c) neppure *in parte qua* la *lex specialis* assume la natura di provvedimento, bensì quella – coerente con la sua collocazione all’interno della procedura – di atto endoprocedimentale;
- d) non dovrebbe più discorrersi, a rigore, di clausole preclusive/impeditive della partecipazione e tanto meno di clausole immediatamente escludenti;
- e) è solamente il successivo provvedimento di esclusione a determinare, per chi ne è destinatario, l’arresto procedimentale;
- f) il provvedimento di esclusione è comunicato ai sensi dell’art. 76, comma 2-*bis*, del d. lgs. n. 50/2016 e soggetto al regime processuale di cui all’art. 120 c.p.a.⁽⁴⁷⁾;
- g) quale conseguenza della sua natura di atto endoprocedimentale, la *lex specialis* non entra a comporre l’oggetto del giudizio (e non è suscettibile di annullamento giurisdizionale), neppure quando, nel dettare un requisito partecipativo illegittimo, invalida in via derivata il susseguente provvedimento di esclusione;
- h) l’annullamento del successivo provvedimento di esclusione, il solo ad essere gravato, dà la stura ad una rinnovazione soltanto parziale della gara, con valutazione dell’offerta del concorrente dapprima illegittimamente estromesso⁽⁴⁸⁾, e non a una riedizione integrale

⁽⁴⁵⁾ In ragione della necessità che i requisiti di partecipazione permangano per l’intero arco della procedura: Cons. Stato, ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8; Cons. Stato, ad. plen., 20 agosto 2013, n. 20.

⁽⁴⁶⁾ In virtù prima dell’art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a. (abrogato dall’art. 1, comma 4, del d.l. n. 32/2019, divenuto art. 1, comma 22, con la legge di conversione n. 55/2019) e ora dell’art. 76, comma 2-*bis*, del d. lgs. n. 50/2016, ivi introdotto dall’art. 1, comma 1, lett. l), dello stesso d.l. n. 32/2019, divenuto art. 1, comma 20, lett. n), con la legge di conversione n. 55/2019.

⁽⁴⁷⁾ Il provvedimento di esclusione è comunicato entro il termine (non decadenziale) di cinque giorni dalla sua adozione, “indicando l’ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti” (art. 76, comma 2-*bis*, cit., introdotto dall’art. 1, comma 1, lett. l), del d.l. n. 32/2019, divenuto art. 1, comma 20, lett. n), con la legge di conversione n. 55/2019). Il ricorso è oggi soggetto al rito speciale di cui all’art. 120 c.p.a., dopo l’abrogazione del rito super-speciale di cui all’art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a. ad opera dell’art. 1, comma 4, del d.l. n. 32/2019, divenuto art. 1, comma 22, con la legge di conversione n. 55/2019, per i processi iniziati a partire dal 18 giugno 2019 (art. 1, comma 23, del d.l. n. 32/2019, modificato dalla legge di conversione n. 55/2019 e art. 1, comma 3, della stessa legge n. 55/2019).

⁽⁴⁸⁾ E ciò anche laddove il criterio di aggiudicazione fosse quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa, stando a Cons. Stato, ad. plen., 26 luglio 2012, n. 30.

In passato chi scrive aveva sottoposto quest’ultima pronuncia a penetranti rilievi (L. BERTONAZZI, *Aggiudicazione, contratto e contenzioso*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di R. Villata, M. Bertolissi, V.

della procedura, a partire da una nuova *lex specialis* (con possibilità, se si tratta di bando, che vi subentrino pure concorrenti nuovi). Esito, quest'ultimo, che invece si imporrebbe se la *lex specialis* entrasse a comporre l'oggetto del giudizio, come *petitum* di una specifica domanda giudiziale di annullamento, eventualmente cumulata con la domanda giudiziale di annullamento dell'aggiudicazione a favore del controinteressato⁽⁴⁹⁾.

Dato che l'alternativa corretta non è tra impugnabilità postergata e immediata della *lex specialis* di gara (secondo quanto comunemente si ritiene), sibbene tra sua non impugnabilità *tout-court* e sua impugnabilità (immediata quando predicabile)⁽⁵⁰⁾, allora la negazione dell'attitudine immediatamente lesiva delle clausole che stabiliscono i requisiti partecipativi conduce alla generalizzazione della non impugnabilità *tout-court* della *lex specialis* di gara.

Fanno eccezione le sole ipotesi in cui si contrasta in radice l'indizione della gara e quelle, speculari, in cui si lamenta che una gara non vi sia stata. Si pensi rispettivamente, al titolare di un contratto incompatibile con l'indizione della nuova procedura e all'operatore del settore che insorge contro un affidamento diretto (ad altri) o l'indizione di una procedura negoziata senza previo bando (cui non sia stato invitato).

Nel quadro di una generalizzazione tendenziale⁽⁵¹⁾ della non impugnabilità della *lex specialis* di gara:

- a) non si pone l'altrimenti ineludibile e delicato tema della (deroga alla regola della) partecipazione alla gara come fattore di legittimazione all'impugnazione (di clausole cosiddette 'immediatamente escludenti' contenute nella *lex specialis*)⁽⁵²⁾⁽⁵³⁾;

Domenichelli, G. Sala, I, Lavis, 2014, 971-974): ma anche nell'auspicata ipotesi di una sua rimeditazione (alla luce della regola di diritto sostanziale che vieta la valutazione delle offerte tecniche quando sono già in tutto o in parte note quelle economiche), si invererebbe comunque il prefigurato scenario della rinnovazione parziale della gara, con valutazione dell'offerta del concorrente dapprima illegittimamente escluso, laddove il criterio di aggiudicazione fosse quello del prezzo più basso.

⁽⁴⁹⁾ Risulterebbe inammissibile per carenza d'interesse, in questa prospettiva (qui soggetta a critica), la domanda giudiziale di annullamento dell'atto di esclusione, stante la sua valenza puramente ricognitiva/dichiarativa di un effetto e di una lesione rinvenienti direttamente dal bando.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. il precedente paragrafo 3.

⁽⁵¹⁾ Così qualificata perché sconta le due eccezioni testé menzionate.

⁽⁵²⁾ Cons. Stato, ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4, *sub* punti 27, lett. c), e 38 del "Diritto" (in questa *Rivista*, 2011, 1035 ss., con note di A. SQUAZZONI, *Ancora sull'asserito effetto paralizzante del solo ricorso incidentale c.d. escludente nelle controversie in materia di gare. La Plenaria statuisce nuovamente sul rebus senza risolverlo*; di A. GIANNELLI, *Il revirement della Plenaria in tema di ricorsi paralizzanti nelle gare a due: le nubi si addensano sulla nozione di interesse strumentale*; di M. MARINELLI, *Ancora in tema di ricorso incidentale "escludente" e ordine di esame delle questioni*; di R. VILLATA, *Annotando gli annotatori*, ivi, 1183 ss.) e Cons. Stato, ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9 (in questa *Rivista*, 2014, con nota di L. BERTONAZZI, *Il ricorso incidentale nei giudizi amministrativi di primo grado relativi a procedure selettive: residue incertezze domestiche e gravi incognite di origine europea*) hanno enucleato tre eccezioni alla regola secondo cui la partecipazione alla gara è fonte di differenziazione dell'interesse sostanziale e, quindi, di legittimazione a ricorrere: quando si censura nell'an l'indizione della gara; quando si contesta, all'inverso, che una gara sia mancata; quando si censurano clausole cosiddette "immediatamente escludenti". Dà conto di questo diritto vivente, ribadito da ultimo dalla Plenaria n. 4/2018, Corte cost., n. 245/2016, *sub* 3.2 del "Considerato in diritto".

Anche la dottrina concorda: cfr. F. SAITTA, *La legittimazione ad impugnare bandi di gara: considerazioni critiche sugli orientamenti giurisprudenziali*, in *Riv. trim. app.*, 2001, 535-537; G. MARI, *Domanda di partecipazione alla gara come presupposto per l'impugnazione del bando*, in *Giust. civ.*, 2002, 830; D. VAIANO, *L'onere dell'immediata impugnazione del bando e della successiva partecipazione alla gara tra legittimazione ad agire e interesse a ricorrere*, in questa *Rivista*, 2004, 703 e 709-711.

⁽⁵³⁾ Alla generalizzazione (tendenziale) della non impugnabilità della *lex specialis* di gara non osta CGUE, sez. VI, 12 febbraio 2004, C-230/02, *Grossmann*, la quale si è limitata a negare tutela giurisdizionale a chi, nella specie, non aveva

- b) si inabissa quella zona grigia, dagli incerti confini, di clausole (se non in senso stretto quanto meno) sostanzialmente impeditive dell'accesso alla procedura, vagamente tratteggiata dalla Plenaria n. 1/2003⁽⁵⁴⁾ e poi riempita di contenuti, generosamente ma non senza (immancabili) incertezze, dalla giurisprudenza successiva⁽⁵⁵⁾;
- c) si eclissa altresì il problema delle "prescrizioni generiche e incerte, il cui tenore eventualmente lesivo è destinato a disvelarsi solo con i provvedimenti attuativi", che Cons. Stato, sez. III, ord. n. 5138/2017 suggeriva di appianare con un'equitativa transizione dall'impugnabilità immediata a quella differita⁽⁵⁶⁾, ma che avrebbe dovuto essere risolto, all'interno della prospettiva (qui non condivisa) dell'immediata impugnazione, con il diverso istituto della rimessione in termini per errore scusabile (art. 37 c.p.a.)⁽⁵⁷⁾.

preso parte alla gara né impugnato, se non a seguito dell'aggiudicazione, clausole della *lex specialis* impeditive della sua partecipazione, pretendendo soltanto che l'impugnabilità della statuizione amministrativa (quale che sia) che ostacola l'ammissione sia anticipata rispetto alla conclusione del procedimento (cfr. il par. 28: "... prima ancora che si concluda il procedimento di aggiudicazione dell'appalto ..."; e il punto 30: "... senza attendere la conclusione del procedimento di aggiudicazione dell'appalto ..."): esito senz'altro garantito dall'impugnabilità del provvedimento di esclusione, adottato in pedissequa applicazione della *lex specialis* prima che si concluda la procedura.

⁽⁵⁴⁾ Clausole che esigono, "ai fini della partecipazione, oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della gara" e che comportano "sostanzialmente l'impossibilità per l'interessato di accedere alla gara ed il conseguente arresto procedimentale": si pensi, ad esempio, ad un "bando che, discostandosi macroscopicamente dall'onere [*rectius*: dovere] di *clare loqui* ... risulti indecifrabile nei suoi contenuti, così impedendo all'interessato di percepire le condizioni alle quali deve sottostare precludendogli, di conseguenza ... la partecipazione". "L'esistenza di tali clausole costituisce, come è ovvio, accertamento di fatto e non può che essere rimesso all'apprezzamento del giudice della controversia": dette clausole vanno immediatamente impugnate siccome "sostanzialmente" equipollenti a quelle "riguardanti i requisiti ... di partecipazione", sotto il profilo della "impossibilità", quanto meno sostanziale, di prendere parte alla gara (cfr. il punto 13 del "Diritto" della Plenaria n. 1/2003).

⁽⁵⁵⁾ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980, Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2005, n. 4414, Cons. Stato, sez. V, 3 giugno 2010, n. 3489 (incongruità del termine per la ricezione delle offerte; ma *contra* Cons. Stato, sez. V, 1 aprile 2011, n. 2033); Cons. Stato, sez. IV, 26 novembre 2009, n. 7441, Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011, n. 5421 (omessa predeterminazione dei costi per la sicurezza del lavoro 'da interferenze', non soggetti a ribasso); Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2017, n. 1809 (illogicità di prescrizioni relative alla formulazione dell'offerta; ma *contra* Cons. Stato, sez. VI, 3 giugno 2009, n. 3404); Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2013, n. 2222 (imposizione di cauzione provvisoria pari all'importo del contratto); TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 19 giugno 2017, n. 1362 (incertezza sulla durata del contratto da affidare); C.g.a.r.S., 20 dicembre 2016, n. 474, Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2011, n. 6135, Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2015, n. 293 (condizioni negoziali che rendono il rapporto contrattuale obiettivamente non conveniente; ma *contra* Cons. Stato, sez. V, 21 settembre 2010, n. 7031, Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 2013, n. 5131, Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2013, n. 3404).

⁽⁵⁶⁾ Nella scia di un filone giurisprudenziale che già voleva chiara ed univoca, anziché ambigua, la clausola ostativa alla partecipazione, al fine di radicare l'onere della sua immediata impugnazione (Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 2011, n. 329; C.g.a.r.S., 21 aprile 2010, n. 547; Cons. Stato, sez. V, 26 ottobre 2009, n. 6544). Cfr. altresì la giurisprudenza riportata da P. PIZZA, *Impugnabilità diretta del bando*, cit., 743 ss..

⁽⁵⁷⁾ Invero – all'interno, si ripete, della qui non condivisa ottica dell'immediata reazione processuale – se una clausola del bando si disvela come impeditiva della partecipazione solo dopo che la stazione appaltante ha dissipato i dubbi interpretativi derivanti dalla sua incerta formulazione, ciò non vale – in ragione della portata niente più che dichiarativa dell'interpretazione – a negare *ab origine* a detta clausola valenza preclusiva della partecipazione, ma piuttosto a propiziare l'eventuale rimessione in termini per errore scusabile.

Questa è, peraltro, la conclusione, invero assai modesta se rapportata alle aspettative di certa dottrina e dello stesso tribunale *a quo*, cui pervenne CGUE, sez. VI, 27 febbraio 2003, C-327/00, *Santex*, su cui R. VILLATA, *Osservazioni in tema di incidenza dell'ordinamento comunitario sul sistema italiano di giustizia amministrativa*, in questa *Rivista*, 2006, 862: la Corte non si pronunciò a favore della disapplicazione del bando, né della sua impugnabilità differita, limitandosi ad affermare che chi non avesse impugnato il bando nei termini per fatto riconducibile alla stazione appaltante, avrebbe dovuto considerarsi recorrente tempestivo (rimesso in termini, diremmo noi) proprio per l'imputabilità della tardività al comportamento scorretto della stazione appaltante.

Tutti esiti – si osserva incidentalmente – che appagano l'irrinunciabile, e mai abbastanza rammentato, interesse generale alla certezza del diritto e, quindi, alla prevedibilità delle decisioni giudiziarie⁽⁵⁸⁾.

Si potrebbe obiettare – alla tesi, qui sostenuta, della generalizzazione (tendenziale) della non impugnabilità della *lex specialis* di gara – che l'art. 76, comma 5, lett. a), del d. lgs. n. 50/2016⁽⁵⁹⁾, nell'onerare le stazioni appaltanti della comunicazione dell'aggiudicazione anche a “coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se tali impugnazioni non siano state respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva”, onde metterli in condizione di articolare motivi aggiunti, dà per scontata l'esistenza di casi in cui v'è l'onere di (immediata) impugnazione della *lex specialis* di gara (e il connesso onere dei motivi aggiunti avverso l'aggiudicazione, pena l'improcedibilità del ricorso introduttivo). Ma la disposizione non specifica affatto quali sono tali casi e nulla impedisce di rintracciarli ed esaurirli nelle impugnative della *lex specialis* da parte di chi contesta in radice l'indizione della gara o lamenta che gara non vi sia stata.

Stesso discorso è riproponibile sia per l'art. 120, comma 5, c.p.a., che individua nella pubblicazione la decorrenza del termine per la notifica del ricorso avverso “i bandi e gli avvisi con cui si indice la gara”, quando “autonomamente lesivi”⁽⁶⁰⁾, sia per l'art. 32, comma 10, lett. a), del d. lgs. n. 50/2016, che⁽⁶¹⁾ esonera le stazioni appaltanti dal rispetto del c.d. *standstill* sostanziale⁽⁶²⁾ “se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara o dell'inoltro degli inviti ... è stata presentata o è stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito o queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva”.

LUCA BERTONAZZI

⁽⁵⁸⁾ Emblematica di un insostenibile tasso di incertezza è la vicenda descritta in TAR Liguria, sez. II, ord. 29 marzo 2017, n. 263, che si avviluppa intorno al seguente interrogativo: è sostanzialmente preclusivo della partecipazione un bando che struttura la gara su un unico lotto e su un ambito territoriale regionale, anziché su più lotti corrispondenti ad altrettanti ambiti provinciali, così da ridurre significativamente le *chances* di aggiudicazione? La risposta negativa (alla maniera di Corte cost., n. 245/2016 cit.) comporta – stando al diritto vivente – l'onere dell'operatore di partecipare alla gara per poi contestarne l'eventuale esito negativo; la risposta positiva (alla maniera del TAR Liguria, sez. II, ord. n. 263/2017 cit., che, nello stesso giudizio proseguito dopo Corte cost. n. 245/2016 cit., si è rivolto alla CGUE) comporta – sempre in base al diritto vivente – la superfluità della partecipazione alla procedura ai fini di una reazione processuale che però non può che essere immediata. Corte di giustizia UE, sez. III, 28 novembre 2018, C-328/17 ha statuito che il diritto europeo non osta a una normativa nazionale “che non consente agli operatori economici di proporre un ricorso contro le decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice relative a una procedura d'appalto alla quale essi hanno deciso di non partecipare poiché la normativa applicabile a tale procedura rendeva molto improbabile che fosse loro aggiudicato l'appalto in questione”. Dovrebbe derivarne l'inammissibilità del ricorso pendente presso il TAR Liguria, sul presupposto (che forma però oggetto di un accertamento spettante allo stesso TAR Liguria) della non assimilabilità di una *lex specialis* che rende “molto improbabile” l'aggiudicazione ad una *lex specialis* sostanzialmente impeditiva della partecipazione.

⁽⁵⁹⁾ Come già in precedenza l'art. 79, comma 5, lett. a), del d. lgs. n. 163/2006.

⁽⁶⁰⁾ La Plenaria n. 4/2018, invece, ritiene l'art. 120, comma 5, c.p.a. “interpretabile in un unico senso”, come norma che avrebbe “conferito rango legislativo all'impostazione” della Plenaria n. 1/2003 (cfr. *sub* punto 19.1.2 del “Diritto”).

⁽⁶¹⁾ Come già in precedenza l'art. 11, comma 10-*bis*, lett. a), del d. lgs. n. 163/2006.

⁽⁶²⁾ Si tratta del termine dilatorio di trentacinque giorni “dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione” stabilito, ai fini della stipula del contratto, dall'art. 32, comma 9, del d. lgs. n. 50/2016.

ABSTRACT: La nota prospetta due argomentate critiche all'impostazione tradizionale, da ultimo ribadita dalla sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 4/2018, in tema di legittimazione e interesse ad impugnare bandi di gara: la prima conduce a sostituire l'alternativa entro la quale oscillano da sempre dottrina e giurisprudenza – impugnabilità differita e immediata della *lex specialis* di gara – con l' (inedito, a quanto consta) bivio tra non impugnabilità *tout-court* della *lex specialis* e sua impugnabilità, immediata quando predicabile; la seconda approda alla tendenziale generalizzazione della non impugnabilità della *lex specialis*, in antitesi alle fibrillazioni che si sono ciclicamente registrate negli ultimi tre lustri in direzione dell'espansione dell'onere della sua immediata contestazione.

Bandi di gara – Impugnazione – Legittimazione al ricorso – Interesse al ricorso