

## Consiglio di Stato - Adunanza Plenaria

### Sentenza 29 gennaio 2003, n. 1

(Alberto de Roberto, Presidente, - Sergio Santoro, Consigliere, - omenico 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)

Omissis

per l'annullamento

della sentenza del T.A.R. della Campania - Sede di Napoli - Sez. I, n. 340 del 10 febbraio 1999.

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 M. - I. - B. , classificata al primo posto nella graduatoria.

La Z.C. S.p.a., agendo in proprio e quale mandataria dell'ATI Z.C. S.p.a. - Ing. D.G. S.p.a., e l'Ing. D.G. Sp.a. impugnava allora, con ricorso al T.A.R. 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.

Costitutosi 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 T.A.R. 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, tanto meno 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 T.A.R. 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 T.A.R. 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 T.A.R. 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 dell'art. 13 della legge n. 142 del 1992; la gara sarebbe stata, infatti, bandita in una epoca antecedente all'entrata in vigore di tale norma.

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 Z. - D.G.

In tale occasione l'Ing. D.G. 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 C. S.p.a. in proprio e quale capogruppo mandataria dell'ATI Z.C. S.p.a. - Ing. D.G. S.p.a., nonché la S.p.a. Ing. D.G. 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:

a) 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;

b) 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;

c) 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 T.A.R. 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 risolte negativamente nella sentenza del T.A.R. della Campania, riproposte nel secondo grado del giudizio del Comune appellante con i primi due motivi di gravame.

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 Z.C. 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'ATI 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, 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 impuginate entro il termine decorrente dalla loro conoscenza legale, ovvero se possano essere impuginate 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.

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

In proposito la Quinta Sezione, dopo avere provveduto ad un'ampia rassegna delle opinioni di recente manifestatesi in giurisprudenza, 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, si sono sviluppati orientamenti di segno diverso e tra di loro contraddittori.

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. L'Adunanza condivide l'avviso espresso dalla V Sezione con l'ordinanza n. 2406 del 2002, e ritiene di conseguenza, che l'onere di immediata impugnazione del bando di gara debba, normalmente, essere riferito alle clausole riguardanti requisiti soggettivi di partecipazione. L'Adunanza ritiene, tuttavia, che, non possa essere escluso un dovere di immediata impugnazione delle clausole del bando in quei limitati casi in cui gli oneri imposti all'interessato ai fini della partecipazione risultino, manifestatamente incomprensibili o implicanti oneri per la partecipazione del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della gara o della procedura concorsuale.

In proposito, si osserva che i problemi affrontati e risolti dalle numerose decisioni richiamate dall'ordinanza della Quinta Sezione, 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 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 l'ammissibilità del ricorso giurisdizionale (o amministrativo).

Tali principi richiedono che sia l'interesse sostanziale (a tutela del quale si agisce) che l'interesse ad agire siano caratterizzati dai requisiti della personalità e della attualità. Tali interessi devono, cioè, essere propri del soggetto ricorrente e devono avere riferimento ad una fattispecie già perfezionatasi; diversamente, infatti, si sarebbe di fronte ad interessi meramente potenziali.

Anche la lesione subita dall'interesse sostanziale del ricorrente (ed in conseguenza della quale egli agisce in giudizio) deve, in linea di stretta consequenzialità, essere contrassegnata dai caratteri della immediatezza, della concretezza e dell'attualità.

La lesione deve, cioè, costituire una conseguenza immediata e diretta del provvedimento dell'Amministrazione e dell'assetto di interessi con esso introdotto, deve essere concreta e non meramente potenziale, e deve persistere al momento della decisione del ricorso.

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.

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, risultino esattamente e storicamente identificate, preesistenti alla gara stessa, e non condizionate dal suo svolgimento e, perciò, in condizioni di ledere immediatamente e direttamente l'interesse sostanziale del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara od alla procedura concorsuale.

Clausole così caratterizzate 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 fanno pure 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 particolari. Sotto questo profilo, non è la procedura concorsuale ed il suo svolgimento a determinare l'effetto lesivo (come avviene nel caso 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. 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, 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, 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 giustificherebbe 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, ancora, quando si sottolinea l'autonomia dell'interesse dell'impresa alla preventiva definizione dei parametri di valutazione delle offerte o 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 nell'ordinanza di rimessione della Quinta Sezione 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 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 giustificerebbe 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 sia 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, - come già accennato - 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.

10. 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 configurato 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. E' 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.

11. 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 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 nel bando: devono pertanto ritenersi impugnabili unitamente all'atto applicativo, 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 e dalla loro concreta incidenza nei confronti dell'impresa o del partecipante alla procedura concorsuale.

12. L'Adunanza Plenaria ritiene, poi, opportuno ribadire l'indirizzo tradizionale, che normalmente esclude l'onere dell'immediata impugnazione del bando, anche nei riguardi delle clausole che definiscono gli oneri formali di partecipazione.

A tale esito sembra necessario 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 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. Al contrario, le clausole che introducono oneri formali 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 dall'esito non scontato.

Riguardate, poi, nel loro modo di operare, le clausole che richiedono adempimenti formali, quali la presentazione di documenti, 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.

13. Non può, invece, essere escluso un dovere di immediata impugnazione del bando di gara o della lettera di invito con riferimento a clausole, in essi contenute, che impongano, ai fini della partecipazione, oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della gara o della procedura concorsuale, e che comportino sostanzialmente l'impossibilità per l'interessato di accedere alla gara ed il conseguente arresto procedimentale. Fra le ipotesi sopra richiamate può, sul piano esemplificativo, essere ricompresa quella di un bando che, discostandosi macroscopicamente dall'onere di clare loqui, al quale, per i suoi intrinseci caratteri, ogni bando deve conformarsi, risulti indecifrabile nei suoi contenuti, così impedendo all'interessato di percepire le condizioni alle quali deve sottostare precludendogli, di conseguenza, direttamente ed immediatamente la partecipazione.

L'esistenza in concreto di clausole del genere costituisce, come è ovvio, accertamento di fatto e non può che essere rimesso all'apprezzamento del giudice della controversia. In ordine alle medesime, per altro, non può essere negato, l'esistenza di un onere di immediata impugnazione proprio perché esse sembrano sostanzialmente comportarsi come le clausole riguardanti i requisiti soggettivi o di partecipazione, per le quali l'esistenza di tale onere è tradizionalmente affermato.

Le clausole in questione, infatti, manifestano immediatamente la loro lesività, appaiono sostanzialmente idonee a precludere immediatamente la stessa partecipazione alla procedura concorsuale e ricollegano alle prescrizioni introdotte un effetto giuridico diretto (l'impossibilità di prendere atto alla gara) che appare immediatamente lesivo dell'interesse sostanziale degli aspiranti.

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, 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 deduce che erroneamente il Tribunale avrebbe rigettato l'eccezione di improcedibilità del ricorso di primo grado, proposto dall'ATI Z.C. S.p.a., essendo stata ormai realizzata l'opera pubblica oggetto della gara impugnata. 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.

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, sia pure in un contesto diverso da quello attuale caratterizzato dall'affermazione della risarcibilità della lesione degli interessi legittimi, 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 di dover propendere per quest'ultima tesi, ed è, pertanto, dell'avviso, conforme a quello della V Sezione, che l'esecuzione, in tutto o in parte, 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.

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 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

La statuizione giurisdizionale di annullamento della procedura concorsuale assume, infatti, comunque 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).

19. 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.

20. 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. 2-bis, 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 discipline 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. 2-bis, 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.

21. 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.

22. 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)