

## Consiglio di Stato: Legittima l'impugnazione immediata del bando nel caso di massimo ribasso

03/05/2017



Il Consiglio di Stato, con la **sentenza n. 2014 del 2 maggio 2017**, ha stabilito che il bando di gara, che prevede il **sistema di aggiudicazione della gara del massimo ribasso**, è immediatamente impugnabile, sussistendo tutti i presupposti per non rinviare il ricorso all'avvenuta aggiudicazione, quali:

- la posizione giuridica legittimante avente a base, quale interesse sostanziale, la competizione secondo meritocratiche opzioni di qualità oltre che di prezzo;
- la lesione attuale e concreta, generata dalla

previsione del massimo ribasso in difetto dei presupposti di legge;

- l'interesse a ricorrere in relazione all'utilità concretamente ritraibile da una pronuncia demolitoria che costringa la stazione appaltante all'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ritenuto dalle norme del nuovo codice quale criterio "ordinario" e generale.

I Giudici di Palazzo Spada hanno chiarito che **il nuovo Codice appalti** - ed in particolare gli artt. 95, 204 (nella parte in cui prevede l'immediata impugnabilità dell'ammissione di altri operatori economici), 211, comma 2 (sull'autotutela "doverosa") - **rende, infatti, chiaro che vi sono elementi fisiologicamente disciplinati dal bando o dagli altri atti di avvio della procedura, che assumono rilievo sia nell'ottica del corretto esercizio del potere di regolazione della gara**, sia in quella dell'interesse del singolo operatore economico ad illustrare ed a far apprezzare il prodotto e la qualità della propria organizzazione e dei propri servizi, così assicurando, nella logica propria dell'interesse legittimo (figlio della sintesi di potere e necessità) la protezione di un bene della vita che è quello della competizione secondo il miglior rapporto qualità prezzo; un bene, cioè, diverso, e dotato di autonoma rilevanza rispetto all'interesse finale all'aggiudicazione.

Ha aggiunto la Sezione che **una diversa soluzione finirebbe per svilire e depotenziare le due architravi del nuovo impianto normativo:**

- **da un lato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa** sarebbe destinato a rimanere privo di garanzie di effettività, posto che, la sua correzione si avrebbe solo all'esito della procedura concorsuale e della sua appendice giurisdizionale, in presenza di un operatore (quello offerente il massimo ribasso) in capo al quale si sono tra l'altro già ingenerate aspettative;
- **dall'altro sarebbe irragionevolmente derogata la logica bifasica**(ammissioni/esclusioni prima fase; aggiudicazione seconda fase) che ha caratterizzato il nuovo approccio processuale in tema di tutela, poiché è evidente che l'illegittimità del bando, sub specie del criterio di aggiudicazione, è un *prius* logico giuridico rispetto alle ammissioni, condizionandole e rendendole illegittime in via derivata. Con il risultato che l'intento di affrancare il contenzioso sull'aggiudicazione da tutte le questioni sollevabili in via incidentale dal controinteressato (e fra queste anche quelle relative all'illegittimità del bando, strumentali all'*utilitas* della riedizione della gara) che ha ispirato la formulazione delle nuove norme processuali, risulterebbe tradito proprio in relazione ad aspetti basilari della prima fase.

**Altro argomento a riprova dell'irrazionalità della tesi dell'impugnazione postergata del criterio di aggiudicazione**, è che il ricorrente, costretto ad attendere, quale *dies a quo* per l'impugnativa, il momento dell'aggiudicazione ad altri, non è vincolato dalla correlazione tra criterio del massimo ribasso e la mancata aggiudicazione, non dovendo egli dimostrare un rapporto di causalità tra effetto lesivo del bene "aggiudicazione"

e *lex gara*: la lesione, nell'orientamento giurisprudenziale tradizionale varato dall'Adunanza Plenaria nel 2003, è infatti solo l'elemento, che integrando una delle condizioni dell'azione, abilita alla tutela dell'interesse legittimo attraverso l'esperimento dell'azione demolitoria. Una volta realizzatasi la condizione dell'azione, il ricorrente è ammesso a far valere la violazione dell'obbligo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, insieme a tutti gli altri vizi di legittimità del bando che non attengano a clausole escludenti, a prescindere se la mancata aggiudicazione sia riferita, o meno, proprio all'operare di quella o di quelle clausole (si pensi, oltre che al criterio di aggiudicazione, alla difettosa composizione del seggio di gara o alle previsioni sulle modalità di apertura delle buste o, in generale, alle norme sul *modus procedendi*). In questi casi non è cioè necessaria la dimostrazione che, in assenza del vizio, l'aggiudicazione sarebbe stata senz'altro riconosciuta al ricorrente, costituendo, la violazione delle norme di legge, un sintomo della cattiva organizzazione e gestione della gara e conseguentemente dell'erroneità dei suoi esiti. **Se così è, allora, non v'è ragione alcuna per attendere, al fine di invocare tutela, che la procedura di concluda con l'aggiudicazione a terzi.** Tale soluzione non risponderebbe a finalità deflattive ed anzi inficerebbe quelle legate al pur contemplato onere di impugnazione delle ammissioni; non risponde del resto a finalità di coerenza giuridica o dogmatica, poiché il postergare l'impugnazione della *lex gara* finanche quando la violazione è già conclamata, può avere un senso solo in relazione a clausole che non violino immediatamente l'interesse del singolo imprenditore, è così certamente non è per quelle che gli impediscono di concorrere sulla qualità; è inoltre contraria al dovere di leale collaborazione ed al rispetto del principio di legittimo affidamento, immanenti anche nell'ordinamento amministrativo.

A cura di **Redazione LavoriPubblici.it**

© Riproduzione riservata