

L'interesse strumentale nelle gare d'appalto

Autore: Corsi Giuseppe

In: Diritto straniero

In questo breve excursus, si dovrà esaminare in cosa si sostanzia

l'interesse strumentale e verificarne la portata nelle gare d'appalto, ricostruendo le diverse posizioni di dottrina e giurisprudenza.

L'esame in questione, più precisamente, verterà su Ad. Plen. n. 11 del 2008 e Ad. Plen. n. 4 del 2011.

Occorre premettere, innanzitutto, che la pubblica amministrazione deve scegliere il proprio contraente in esito ad una procedura ad evidenza pubblica: in più, nell'attuale disciplina l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta, poichè l'aggiudicazione non ha alcun valore negoziale.

Per completezza, si rileva che nell'attuale disciplina l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta. L'aggiudicazione, quindi, non ha alcun valore negoziale.

Inoltre, l'art. 2 del d.lgs. n. 163 del 2006, oltre ad indicare che l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza (principi ispirati alla tutela della pubblica amministrazione per il controllo ed il miglior utilizzo delle finanze pubbliche), specifica che l'affidamento deve altresì rispettare i

principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità (principi ispirati alla tutela delle imprese concorrenti e del corretto funzionamento del mercato).

Ciò premesso, la sentenza 4/2011 dell' Ad. Plen. Del cdS si è concentrata sulla priorità logica intercorrente tra il ricorso principale e quello incidentale: in fatto, si era tenuta una gara tra tre imprese, ed ognuna aveva contestato la partecipazione delle altre proponendo impugnazioni, principali ed incidentali.

A tal proposito, però, occorre precisare che la Ad. Plen. n.11/08 aveva affrontato un caso simile, concernente due imprese.

Quest'ultima pronuncia aveva statuito che il giudice può esaminare per primo sia il ricorso principale sia quello incidentale, ma deve comunque pronunciarsi su entrambi, per tutelare l'interesse strumentale alla ripetizione della gara proprio di ogni impresa.

In cosa consiste, quindi, la novità della sentenza n.4 del 2011 ?

Innanzitutto, la sentenza si fonda sulle seguenti argomentazioni: l'esame delle questioni preliminari deve sempre precedere la valutazione del merito della domanda del ricorrente; l'accertamento della legittimazione ad agire e dell'interesse al ricorso è una questione pregiudiziale; il ricorso incidentale costituisce uno strumento idoneo ad introdurre una questione pregiudiziale rispetto al merito della domanda; l'interesse strumentale non è un'autonoma situazione giuridica soggettiva, ma corrisponde al "rapporto di utilità" tra la legittimazione al ricorso e la domanda del ricorrente; salvo eccezioni di diritto dell'Unione Europea, la legittimazione al ricorso, in materia di affidamento di contratti pubblici, spetta unicamente al soggetto che abbia legittimamente partecipato alla

procedura selettiva.

Secondo il CdS, la soluzione delle questioni preliminari rappresenta sia l'applicazione di un principio generale desumibile dall'art.276 cpc, sia l'espressione del concetto di pregiudizialità logica.

In conclusione, la novità della sentenza del 2011 consiste in una opposta conclusione rispetto alla precedente Adunanza Plenaria, giacchè, qualora il ricorso incidentale abbia la finalità di contestare la legittimazione al ricorso principale, la sua accertata fondatezza preclude in ogni caso al giudice l'esame del merito delle domande proposte dal ricorrente.

Tutto ciò premesso, quindi, il principio della priorità logica permette che vengano decise, in prima analisi, le questioni dedotte con il ricorso incidentale dalla parte controinteressata, se esse pongano preclusioni alle ragioni dedotte con il ricorso principale.

Cercando di approfondire tale argomentazione, si osserva che la sentenza ha distinto la legittimazione al ricorso dall'interesse al medesimo: quest'ultimo interesse, però, è insufficiente a dimostrare la piena titolarità di una situazione giuridica valida per la legittimazione al ricorso, dato che

esso non può distinguersi dalla legittimazione eventuale di ogni soggetto idoneo a partecipare ad una gara futura.

Quindi, il CdS tiene fermo il principio per cui la legittimazione al ricorso, nelle controversie riguardanti l'affidamento dei contratti pubblici, spetta esclusivamente ai soggetti partecipanti alla gara, poiché solo tale qualità si connette all'attribuzione di una posizione sostanziale differenziata e meritevole di tutela.

Ne deriva che occorre stabilire se, per configurare una posizione sostanziale differenziata, che radica la legittimazione al ricorso, sia sufficiente il solo fatto storico della iniziale partecipazione alla gara, indipendentemente dalla successiva esclusione oppure dall'accertamento della sua illegittimità.

A tal proposito, si osserva che il problema della c.d. "dequotazione" dell'interesse strumentale è collegato anche all'analisi svolta in sede di rimessione alla Plenaria dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza 18 gennaio 2011, n. 351.

Tale ordinanza, analizzando l'interesse "strumentale" al rinnovo della gara fatto valere in giudizio dalla parte ricorrente principale, lo esamina paragonandolo al contrapposto interesse dell'aggiudicatario alla conservazione della propria posizione di vantaggio.

Difatti, essa pone dubbi che l'aspettativa al rinnovo della gara, ricondotta alla generica categoria dell'interesse strumentale, abbia i contenuti di un interesse legittimo.

L'ordinanza afferma che, in ogni caso, tale interesse sia privo di attualità e concretezza in quanto, a seguito dell'annullamento della gara, la stazione appaltante non è tenuta a pubblicare un nuovo bando, essendo tale scelta puramente discrezionale. Inoltre, essa osserva che gli interessi della parte ricorrente e dell'aggiudicatario assumono diversa consistenza, sicché, venendo meno la par condicio tra le parti, anche l'ordine di esame del ricorso principale e del ricorso incidentale non è più impostato in termini di "equivalenza e fungibilità".

Sottolinea, poi, che gli inconvenienti segnalati non sarebbero eliminati nemmeno prevedendo che l'interesse strumentale al rinnovo della gara sia riconosciuto solo in presenza di alcune rigorose

condizioni di fatto, sussistenti quando: a) permangano le condizioni per l'esecuzione dell'opera, come la disponibilità finanziaria; b) la stazione appaltante abbia interesse al rinnovo del bando; c) in sede di rinnovazione del bando non vengano inserite nuove clausole lesive della partecipazione.

L'ordinanza, infine, completa il proprio ragionamento evidenziando il carattere meramente "ipotetico" dell'interesse strumentale al rinnovo della gara, posto a raffronto con l'interesse pubblico, "attuale", all'esecuzione dell'opera e l'interesse del privato, che ha ottenuto l'aggiudicazione contestata.

Sul riguardo, il dibattito è stato arricchito da TAR Lazio, Roma, Iter, con sentenza 10 gennaio 2012, n. 197 .

Il tribunale, nell'evidenziare la presenza alla gara di due soli concorrenti ed il fatto che gli stessi, ricorrente principale e ricorrente incidentale, abbiano contestato l'omessa esclusione dalla gara della controparte processuale a causa di presunte carenze inerenti la dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione, ha rilevato che, sotto questi profili, i due contendenti hanno una posizione del tutto analoga, e che, se fossero condivisibili le censure che hanno proposto, le Stazioni appaltanti sarebbero costrette ad una riedizione della procedura ad evidenza pubblica.

Quindi, ne consegue che la parte ricorrente in via principale non vanta solo l'interesse a contestare l'aggiudicazione definitiva disposta in favore del controinteressato, ricorrente incidentale (perché, essendo secondo classificato in graduatoria, si vedrebbe aggiudicato l'appalto), ma, anche ove si accertasse la sua carenza dei requisiti di partecipazione alla gara (in accoglimento del ricorso incidentale), avrebbe, comunque, interesse a verificare la legittimità

della partecipazione alla gara del controinteressato, per il vantaggio consistente nella possibilità di partecipare ad una nuova procedura.

Dunque, secondo il Tribunale, sussistono due distinti interessi giuridici del ricorrente principale: il primo, teso a contestare la partecipazione alla gara del controinteressato e l'aggiudicazione disposta in suo favore, al fine di vedersi aggiudicato l'appalto; il secondo, evidentemente da esaminare in via subordinata, finalizzato a contestare l'omessa esclusione dalla gara del controinteressato, allo scopo di partecipare alla nuova procedura ad evidenza derivante dall'accertamento dell'illegittima partecipazione alla gara degli unici due operatori economici che vi hanno partecipato.

Quindi, per la sentenza del TAR Lazio n. 197 del 2012, la conclusione dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 non potrebbe riguardare il caso in cui, oltre ad avere interesse agli 'esiti della procedura selettiva', il ricorrente principale abbia l'ulteriore interesse alla rinnovazione della gara, in quanto, altrimenti, si addiverrebbe a conclusioni contrastanti con i principi di parità delle parti nel processo e di effettività della tutela giurisdizionale in materia di procedure ad evidenza pubblica. Di fatto, dunque, si attribuirebbe al ricorrente in via incidentale una ingiustificata posizione di vantaggio rispetto alle prospettive di tutela giurisdizionale riconosciuta a tutti gli operatori economici del settore che abbiano partecipato alla gara.

Tale pronuncia, perciò, si attesta sulle posizioni già ampiamente sostenute dalla giurisprudenza antecedente al 2008, che avevano trovato conferma nell'Adunanza Plenaria n. 11 del 2008, successivamente smentita dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011.

Infine, certa dottrina ha ritenuto che i principi comunitari sul processo in materia di pubblici appalti, e segnatamente i principi di

parità delle parti, effettività della tutela e libera concorrenza non sembrano incidere sulle regole processuali nazionali in tema di ordine di esame delle questioni e di legittimazione al ricorso, processo di parti, ragionevole durata del processo, esclusione di una giurisdizione di tipo oggettivo con poteri ufficiosi del giudice.

Secondo tale ricostruzione, sembra tutelato l'interesse all'affidamento dell'appalto in capo ai concorrenti che hanno i requisiti per ottenere l'affidamento, e non anche di coloro che non hanno detti requisiti, poichè l'effettività della tutela non consente comunque di abusare del diritto di difesa.

Non sembra tutelato, invece, un ipotetico interesse strumentale al rinnovo della gara, in capo ad un soggetto di cui si sia accertato che non aveva i requisiti di partecipazione alla prima gara: in questo senso, si è voluto prevenire la paralisi dei pubblici appalti in nome di interessi di fatto meramente privatistici e, inoltre, la trasformazione del processo di parti in una giurisdizione di tipo oggettivo, in cui il giudice eserciti un sindacato generale sull'operato della stazione appaltante, avulso dalle regole processuali in tema di legittimazione e interesse al ricorso. In proposito alla controversia per la definizione della quale è stata pronunciata la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011, le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, con sentenza 21 giugno 2012, n. 10294, rilevano che la conclusione a cui è giunta l'Adunanza Plenaria genera perplessità che lasciano ancora più insoddisfatti ove si aggiunga che l'aggiudicazione può dar vita ad una posizione preferenziale soltanto se acquisita in modo legittimo e che la realizzazione dell'opera non rappresenta in ogni caso l'aspirazione dell'ordinamento, che in questa materia richiede un'attenzione ed un controllo ancora più pregnanti al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato.

<https://www.diritto.it/l-interesse-strumentale-nelle-gare-d-appalto/>