

Ordine di esame dei ricorsi principali e incidentali nelle gare d'appalto con pluralità di concorrenti non evocati in giudizio

Autore: Biamonte Alessandro

In: Giurisprudenza commentata

L'affermazione di matrice europea del **diritto alla piena ed effettiva concorrenza** ha favorito il consolidamento, in sede normativa e giurisprudenziale di istituti estranei alla tradizione giuridica nazionale (in particolare, si ricorda il c.d. "subentro" nel contratto -art. 2-quinquies della direttiva ricorsi 2007/66/CE- e la responsabilità svincolata dalla colpa sul versante risarcitorio -Corte di giustizia CE, sez. III, 30 settembre 2010 in causa C-314/2009).

Il Decreto Legislativo n. 50 del 2016 ha introdotto nel sistema due ulteriori istituti, di rilevante spessore, che si inquadrano nella direzione indicata dall'art. 1 della Direttiva 89/665/CEE, siccome modificata dall'articolo 41 della Direttiva del Consiglio n. 50 del 18 giugno 1992 e successivamente sostituito dall'articolo 1 della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 66 dell' 11 dicembre 2007 (laddove si richiede che gli Stati Membri prevedano che "le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile").

Tra questi va, in primo luogo, richiamato il disposto di cui all'art. 211 del d.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (sia nel testo originario interpolato dal d.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, che in quello vigente, siccome novellato dal d.L. 24 aprile 2017, n. 50): ci si riferisce all'istituto delle raccomandazioni vincolanti dell'Autorità Nazionale Anticorruzione previsto dall'art. 211, comma 2 del d.Lgs. 50/2016 e, dopo la sua abrogazione, della legittimazione dell'ANAC all'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

Impugnazione dei bandi di gara dall'Anac

Il riconoscimento della **legittimazione processuale straordinaria** attribuita all'**Anac** con riferimento all'**impugnazione dei bandi di gara** (che pure non rappresenta una assoluta novità nel panorama normativo nazionale: per rimanere nel settore della concorrenza, si ricorda che una analoga legittimazione è attribuita dall'art. 21 bis della legge 10 ottobre 1990 n. 287 all'Autorità garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza) è indice della consapevole attenzione riservata dal legislatore nazionale alla "concorrenza per il mercato"

quale interesse pubblico di rango costituzionale ed europeo.

L'attribuzione all'Autorità di vigilanza in materia di poteri "propri" è stata conferita a presidio dell'interesse concorrenziale in senso complessivo.

L'iniziativa impugnatoria in tale senso intrapresa dall'Anac -ove giudicata fondata in sede giurisdizionale- potrà condurre alla immediata espunzione dal sistema di bandi viziati, consentendo che gli stessi vengano emendati immediatamente da eventuali disposizioni illegittime, ancora prima che siano esperite le operazioni affidate al seggio di gara.

Rito "superaccelerato"

Sotto altro profilo, analoga funzione va riferita al **rito c.d. "superaccelerato"** di cui ai commi 2 bis e 6 bis dell' art 120 del c.p.a. introdotto dall'art. 204 comma 1 lett. d) del d.Lgs. n. 50/2016 e volto, nella sua ratio legis, a consentire la pronta definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione e, quindi, a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione (Consiglio di Stato, parere n. 855/2016 sul codice dei contratti pubblici).

Il legislatore ha così inteso evitare che con l'impugnazione dell'aggiudicazione possano essere fatti valere vizi attinenti alla fase della verifica dei requisiti di partecipazione alla gara, il cui eventuale accoglimento farebbe regredire il procedimento alla fase di ammissione, con grave spreco di tempo e di energie, oltre che pericolo di perdita di eventuali finanziamenti, il tutto nell'ottica dei principi di efficienza, speditezza ed economicità, oltre che di proporzionalità del procedimento di gara (Consiglio di Stato, parere n. 782/2017 sul decreto correttivo al nuovo codice dei contratti pubblici).

Tale norma configura un **onere di immediata impugnazione** dei provvedimenti in questione, a pena di decadenza, non consentendo di far valere successivamente i vizi inerenti agli atti non impugnati; l'omessa attivazione del rimedio processuale entro il termine preclude al concorrente la possibilità di dedurre le relative censure in sede di impugnazione della successiva aggiudicazione, ovvero di paralizzare, mediante lo strumento del ricorso incidentale, il gravame principale proposto da altro partecipante avverso la sua ammissione alla procedura (cfr. art. 120, comma 2 bis, del c.p.a.: "L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale").

La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che siffatto rito speciale in materia di impugnazione contro esclusioni ed ammissioni, previsto dal comma 2-bis dell'art. 120 c.p.a., risponde all'esigenza di definire prontamente la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte (Cons. St, commissione speciale, parere n. 885 dell'1 aprile 2016), creando un «nuovo modello

complessivo di contenzioso a duplice sequenza, disgiunto per fasi successive del procedimento di gara, dove la raggiunta certezza preventiva circa la res controversa della prima è immaginata come presupposto di sicurezza della seconda» (Cons. St., sez.V[^], ordinanza n. 1059 del 15 marzo 2017).

Con più stretta aderenza alla tematica oggetto di esame, è poi il caso di precisare che la ratio sottesa al nuovo rito superspeciale come sottolineato dal Consiglio di Stato (parere n. 782/2017 sul decreto correttivo al codice dei contratti pubblici) è anche quella di “neutralizzare per quanto possibile ...l’effetto “perverso” del ricorso incidentale”.

E’ quindi possibile sostenere che, nel sistema giuridico nazionale, per un verso è stato rafforzato il controllo pubblicistico sulle gare pubbliche e che, per altro verso, l’istituto di cui ai commi 2 bis e 6 bis dell’ art 120 del c.p.a. - che pur comporta nella sua quotidiana applicazione un considerevole impegno, anche tenuto conto della brevissima e stringente tempistica ivi delineata - elida in radice (quantomeno con riferimento alle problematiche relative alle ammissioni ed esclusioni dalla gara) le dinamiche poste alla base dei complessi rapporti tra ricorso principale ed incidentale sulle quali di qui a breve ci si soffermerà.

La disciplina del rito “superspeciale” di cui al comma 2-bis sembra collocarsi nel solco dell’esigenza di valorizzare l’interesse strumentale del concorrente - delineato dalla più recente giurisprudenza della CGUE - al corretto svolgimento della procedura di gara, in relazione al profilo essenziale della legittimità delle ammissioni e delle esclusioni; e, posto che il diritto dell’UE, come consolidato attraverso gli interventi della CGUE, assicura la tutela dell’interesse strumentale alla “ripetizione” della gara, illegittimamente svolta, l’innovativa disciplina processuale di cui si è detto si risolve in una anticipazione della protezione di tale aspettativa, stabilendo che gli aspetti della procedura di gara riguardanti la “probabilità” di aggiudicazione, in funzione del numero di offerte ammesse alla valutazione comparativa, siano definiti prima dello svolgimento della fase propriamente valutativa delle offerte stesse.

Ciò premesso, gli sforzi del legislatore nazionale per adeguarsi alle prescrizioni dei competenti organismi europei ed il dialogo costante della giurisdizione amministrativa con la Corte di Giustizia non hanno del tutto eliso le incertezze degli interpreti su alcune problematiche in materia di pubblici incanti: tra queste, rientra certamente la tematica dei rapporti intercorrenti tra il ricorso principale ed il ricorso incidentale c.d. “escludente”.

Le incertezze concernono soprattutto l’interpretazione da fornire all’articolo 1, par. 3 della “Direttiva ricorsi”, secondo cui “gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l’aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione” ed in particolare, al riferimento “a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l’aggiudicazione”, nelle ipotesi in cui il concorrente sia stato o avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura, ed al riferimento a “un determinato appalto”, laddove il concorrente (che sia stato o avrebbe dovuto essere escluso) aspiri in sostanza a un’utilità mediata rappresentata dall’annullamento (se del

caso, in autotutela) dell'intera procedura e alla sua riedizione.

Quesito rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Va pertanto **rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea** il seguente **quesito: se l'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio**, del 21 dicembre 1989, **che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori**, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, **possa essere interpretato nel senso che esso consenta che, allorché alla gara abbiano partecipato più imprese e le stesse non siano state evocate in giudizio** (e comunque avverso le offerte di talune di queste non sia stata proposta impugnazione), **sia rimessa al Giudice, in virtù dell'autonomia processuale riconosciuta agli Stati membri, la valutazione della concretezza dell'interesse dedotto con il ricorso principale da parte del concorrente destinatario di un ricorso incidentale escludente reputato fondato**, utilizzando gli strumenti processuali posti a disposizione dell'ordinamento, e rendendo così armonica la tutela di detta posizione soggettiva rispetto ai consolidati principi nazionali in punto di domanda di parte (art. 112 c.p.c.), prova dell'interesse affermato (art. 2697 cc), limiti soggettivi del giudicato che si forma soltanto tra le parti processuali e non può riguardare la posizione dei soggetti estranei alla lite (art. 2909 cc).

In conformità ai punti 17 e 34 delle "Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale" (2016/C 439/01, in G.U.U.E del 25 novembre 2016) della Corte di giustizia dell'Unione europea, il Collegio rappresenta che il proprio punto di vista sulla questione è il seguente:

a) sarebbe maggiormente armonico con il sistema processuale nazionale e con il principio di autonomia processuale incentrato sull'iniziativa delle parti (ed in parte qua comune a quello di numerosi Stati Membri), che venisse precisato che l'interesse del ricorrente principale attinto da un ricorso incidentale escludente, in quanto limitato alla reiterazione della procedura di gara (con esclusione di profili concernenti la "regolarità delle procedure di gara"), dovrebbe essere valutato nella sua concretezza, e non con riferimento a ragioni astratte, dal Giudice adito;

b) in quest'ottica, sarebbe opportuno che venisse rimesso agli ordinamenti processuali degli Stati Membri, in ossequio all'autonomia processuale loro riconosciuta, il compito di individuare le modalità di dimostrazione della concretezza del detto interesse, garantendo il diritto di difesa delle offerenti rimaste in gara e non evocate nel processo ed in armonia con i principi in materia di interesse concreto e attuale della parte al ricorso e in punto di onere della prova.

In definitiva, il rimettere al Giudice nazionale adito un margine di valutazione in ordine all'accertamento

della reale sussistenza in concreto di un interesse sia pure strumentale del ricorrente principale può ritenersi maggiormente coerente sia con il rispetto dei principi cardine degli ordinamenti nazionali in materia processuale -e quindi con l'autonomia processuale loro costantemente riconosciuta dalla Corte di giustizia- sia con gli assetti delle giurisdizioni nazionali e della stessa Unione europea, che configurano il ricorso al giudice amministrativo come ricorso nell'interesse di una parte e mai come ricorso volto al rispetto formale delle regole, a prescindere da ogni interesse; salvi i casi, sopra descritti anche con riferimento all'ordinamento italiano, in cui il rispetto delle regole venga demandato ad una autorità pubblica, riconoscendo alla stessa la legittimazione a ricorrere dinanzi al giudice amministrativo.

<https://www.diritto.it/ordine-esame-dei-ricorsi-principali-incidentali-nelle-gare-dappalto-pluralita-concorrenza-non-evocati-giudizio/>