

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 23/10/2015

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37470-le-regole-di-interpretazione-del-bando-di-gara-e-l-ordine-di-trattazione-dei-ricorsi-principale-e-incidentale-nota-alla-sentenza-del-consiglio-di-stato-sez-v-9-ottobre-2015-n-4684>

Autore: Augusto di Cagno

Le regole di interpretazione del bando di gara e l'ordine di trattazione dei ricorsi principale e incidentale. Nota alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 9 ottobre 2015, n. 4684.

Le regole di interpretazione del bando di gara e l'ordine di trattazione dei ricorsi principale e incidentale. Nota alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 9 ottobre 2015, n. 4684.

Il Consiglio di Stato è tornato di recente ad occuparsi di due temi “caldi” ampiamente discussi in dottrina e giurisprudenza¹. Il primo riguarda la questione delle regole sottese all'interpretazione delle clausole del bando di gara, problema invero connesso con quello della natura del bando. Il secondo, invece, concerne il tema assai spinoso dell'ordine di trattazione dei ricorsi, principale e incidentale, diretti all'impugnazione del bando di gara.

Il bando di gara: la natura, le regole di interpretazione e i criteri di risoluzione delle antinomie interne

Il bando di gara, il disciplinare di gara e il capitolato speciale di appalto hanno ciascuno una propria autonomia e una peculiare funzione nell'economia della procedura di evidenza pubblica. Come precisa il Consiglio di Stato², il bando di gara definisce le regole generali del bando, il disciplinare di gara disciplina in particolare il procedimento di gara e il capitolato speciale eventualmente integra le disposizioni del bando sotto l'aspetto tecnico. Nell'insieme i tre atti “costituiscono la *lex specialis* della gara... in tal modo sottolineandosi il carattere vincolante che quelle disposizioni *assumono nei confronti dei concorrenti, ma anche dell'amministrazione appaltante*”. Qualora si verifichi un contrasto interno tra le singole disposizioni di tale *lex specialis*, il criterio di risoluzione del conflitto, già applicato dalla giurisprudenza³, è quello gerarchico: può dirsi che sussiste una gerarchia differenziata tale per cui il bando di gara prevale sulle disposizioni degli altri atti e, pertanto, le disposizioni del capitolato speciale possono soltanto integrare, ma non modificare il bando di gara.

Ciò premesso la sentenza in commento affronta il tema delle regole applicabili nell'interpretazione del bando di gara. Si tratta di problema, evidentemente, connesso alla natura giuridica del bando di gara, atteso che riconoscere natura normativa piuttosto che amministrativa all'atto di attuazione della delibera a contrarre non è indifferente in punto di identificazione delle regole ermeneutiche valide.

Attribuire natura amministrativa-provvedimentale, dunque non normativa, al bando di gara significa ammettere che l'interpretazione dello stesso sarà condotta secondo le regole proprie dei provvedimenti, oltre ad una serie di conseguenze quali l'esclusione della disapplicabilità del bando e necessaria applicazione del regime impugnatorio. Laddove, al contrario, si riconosce natura normativa al bando si conclude inevitabilmente nel senso opposto; è evidente, infatti, che il giudice potrà disapplicare il bando di gara illegittimo, ancorché non impugnato, al pari di una qualsiasi fonte di rango inferiore che contrasti con una norma sovraordinata⁴. A ciò deve aggiungersi che la natura normativa dell'atto non consentirebbe di applicare le regole di interpretazione del contratto ex artt. 1362, c.c.; verrebbero applicati, piuttosto, i canoni definiti nell'art. 12, disp. prel. per l'interpretazione della legge.

L'opinione di gran lunga maggioritaria⁵ riconosce al bando di gara natura formalmente e

1 Quanto alla dottrina si segnalano GAROFOLI R. - FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2015, pp. 1588 ss e pp.2390 ss.; VARRONE, *L'oggetto del processo amministrativo e suoi riflessi sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale: i motivi di contrasto tra le SS.UU. della Corte di Cassazione e l'A.P. del Consiglio di Stato*, in www.giustamm.it, luglio, 2012; CALVETTI, *Ordine di esame dei ricorsi: l'eccezione al principio affermato dall'Adunanza Plenaria*, in *Urb. e App.*, 2012, 7, 763.

2 Punto 5.1.2 sentenza Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2015, n. 4684, in www.giustizia-amministrativa.it

3 Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2012, n. 5297, in *Foro amm. CdS*, 2012, 10, 2632

4 T.A.R. L.ombardia, Milano, 5 maggio 1998, n. 922, in www.giustizia-amministrativa.it

5 Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35, in www.giustizia-amministrativa.it

sostanzialmente amministrativa, attesa la mancanza dei caratteri dell'innovatività e dell'astrattezza dell'atto, come noto indispensabili perchè si possa parlare di fonte normativa. Tale orientamento sembra condiviso dalla sentenza in commento del Consiglio di Stato che afferma che “L'interpretazione della *lex specialis* soggiace, come per tutti gli atti amministrativi, alle stesse regole stabilite per i contratti dagli articoli 1362, c.c.”, con l'implicita conferma della *vis attractiva* propria della disciplina contrattuale in tutti rami dell'ordinamento. Tra le regole ermeneutiche assume carattere preminente quella collegata all'interpretazione letterale, in quanto compatibile con il provvedimento amministrativo. Resta fermo che il giudice debba in ogni caso ricostruire l'intento dell'amministrazione e il potere che essa ha inteso esercitare, sulla base del contenuto complessivo del contratto, in nome dell'interpretazione sistematica. A tali criteri soggettivi, si aggiunge il criterio oggettivo della buona fede sancito nell' art. 1366, c.c., per cui gli effetti dell'atto amministrativo devono essere individuati in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere.

La giurisprudenza ricollega la buona fede al principio di buon andamento in ragione del quale la P.a. deve operare in modo chiaro e lineare, in modo da fornire al cittadino regole di condotta certe e sicure⁶. Nessun riferimento è dato, nella pronuncia in esame, alla regola interpretativa sancita nell'art. 1369, c.c., sulle espressioni polisense, norma che pure è stata estesa alla materia dei provvedimenti amministrativi. E' da ritenersi, infatti, che in caso di clausole del bando equivoche o di dubbio significato, debba prevalere il significato più conveniente alla natura e all'oggetto del contratto, ma soprattutto il senso maggiormente conforme a legge e all'esigenza di massima partecipazione alla gara, piuttosto che quello che la ostacoli⁷.

L'ordine di trattazione del ricorso principale e incidentale

Con riguardo al tema dell'ordine di trattazione dei ricorsi principali e incidentali, il Consiglio di Stato condivide la tesi esposta dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 25 febbraio 2014, n. 9. Tale pronuncia, come è noto, riafferma il principio di priorità della trattazione del ricorso incidentale c.d. escludente (cioè volto a contestare la legittimazione del ricorrente principale per escluderlo) rispetto al ricorso principale. Si tratta di un principio già affermato precedentemente dal Supremo Consesso nel 2011⁸. Il problema nasce quando il ricorso incidentale può avere effetto paralizzante rispetto al ricorso principale, atteso che l'accoglimento delle questioni sollevate con il primo precluderebbe l'esame delle questioni dedotte con il secondo.

L'Adunanza Plenaria del 2011, rivisitando quanto affermato da precedente giurisprudenza⁹, stabilisce che il ricorso incidentale, diretto ad escludere la legittimazione del ricorrente principale mediante la proposizione di censure contro la sua ammissione alla gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente. Quando si tratta, infatti, di una questione pregiudiziale, questa deve essere decisa prima dell'esame nel merito della domanda del ricorrente principale, secondo la regola espressa nell'art. 276, commi 2,4 e 5, c.p.c., richiamato dall'art. 76, c.p.a. La soluzione adottata dal Supremo Consesso pone molteplici punti di frizione con i principi di rango comunitario, specialmente di parità delle parti, di non discriminazione e di tutela della concorrenza, ragione per cui la Corte di Giustizia dell'Unione Europea è intervenuta sul punto¹⁰ per stabilire che “il ricorso

6 Cons. Stato, sez. V, 16 gennaio 2013, n. 238, in www.giustizia-amministrativa.it

7 TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 18 dicembre 2013, n. 2863, in www.giustizia-amministrativa.it

8 Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4, in www.giustizia-amministrativa.it; benchè si tratti di un tema già affrontato in numerose pronunce più risalenti (Cons. stato, Ad. Plen., 10 novembre 2008, n. 11; Cons. Stato, sez. V, 8 maggio 2002, n. 2468)

9 In particolare la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 11 del 2008 che sanciva l'obbligo di trattazione di entrambi i ricorsi, principale e incidentale, affermando che “Nel caso di gara con due sole imprese ammesse, ciascuna delle quali abbia impugnato l'atto di ammissione dell'altra, il giudice, qualunque sia il ricorso che esamini per primo e ritenga fondato, deve esaminare anche l'altro, dando rilievo all'interesse strumentale di ciascuna impresa, sia essa ricorrente principale o incidentale, alla ripetizione della gara”.

10 L'ordinanza di rimessione della questione pregiudiziale ex art. 276, TFUE, è stata sollevata dal TAR Piemonte, sez.

incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo *procedimento e per motivi identici*". La posizione della CGUE è chiara; l'esame del ricorso principale non può essere escluso in conseguenza della decisione su una questione pregiudiziale posta dal ricorso incidentale. Tale soluzione viene superata dal Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria del 2014, che riafferma il principio di priorità dell'esame del ricorso incidentale. A detta dei giudici di Palazzo Spada la pronuncia della CGUE non ha valore nel diritto interno ferma restando l'autonomia del diritto processuale nazionale rispetto all'ambito di competenze dell'UE; a ciò si aggiunge che la regola iuris espressa dal giudice comunitario è intesa come "una evidente eccezione *al compendio delle norme e dei principi del sistema*". Ciò premesso, l'orientamento esposto, condiviso anche dalla quinta sezione del Consiglio di Stato nella sentenza in commento, subordina l'eccezionale esame congiunto dei ricorsi principali e incidentale alle stringenti condizioni che: 1) si versi all'interno del medesimo procedimento; 2) gli operatori rimasti in gara siano solo due; 3) il vizio che affligge le offerte sia identico per entrambe. Si torna, dunque, all'impianto descritto dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del 2011, con l'eccezione del caso di identità del vizio, ipotesi che esclude l'esame prioritario del ricorso incidentale. La sentenza in commento ricorda quanto già stabilito nel 2014¹¹. e cioè che l'identità deve riferirsi alla causa di esclusione identica per i ricorrenti in via principale e in via incidentale, e che deve riguardare "la medesima sub fase del segmento procedimentale destinato all'accertamento del titolo di ammissione alla gara dell'impresa e della sua offerta".

II, ord., 9 febbraio 2012, n. 208.

11 Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, in www.giustizia-amministrativa.it

Augusto di Cagno