

Così la Corte di Giustizia Ue e la Consulta rischiano di trasformare le imprese in macchine sforna-ricorsi

STEFANO BIGOLARO*

Un'importante sentenza ora pronunciata dalla Corte di Giustizia europea (28.11.2018, C-328/17) conferma la regola per cui è necessario partecipare a una gara per poterne impugnare il bando, e consente qualche riflessione su appalti e ricorsi. Il tema è solo apparentemente tecnico.

LE REGOLE PER PARTECIPARE AL GIOCO

Semplificando, ma neanche troppo: una gara d'appalto è come un gioco. Certo, un gioco da cui dipendono rilevanti interessi. Per l'impresa che concorre, innanzitutto, che ha interesse a conseguire l'aggiudicazione (e, con essa, un contratto). E prima ancora, che ha interesse a partecipare e quindi ad avere una chance: è il cosiddetto interesse strumentale, quello che ha ad oggetto il rifacimento di una gara. Per la stazione appaltante, l'interesse è quello a individuare la miglior offerta. Per

tutti gli operatori, l'interesse è all'apertura di un mercato: quello dei contratti delle pubbliche amministrazioni, così da consentire in esso la concorrenza.

Insomma: la ragione vera per cui una gara va fatta non è solo perché serve a trovare quel che di meglio offre il mercato; sta soprattutto nel garantire che vi sia un mercato aperto a tutti gli operatori.

Un gioco - quello delle gare d'appalto - che di natura non è un solitario: vi è una pluralità di concorrenti che si contendono un unico premio, l'aggiudicazione. Un gioco con i presupposti consueti dei giochi:

- le regole (sia quelle - generali - del tipo di gioco, sia quelle specifiche della partita che in concreto viene giocata);
- un soggetto che conduce il gioco (la stazione appaltante);
- e un giudice, a risolvere tutte le contestazioni (e del quale si presume la padronanza di tutte le regole).

Il bando di gara è come il tabellone delle regole della partita. Chi partecipa al gioco, di solito non è

leso direttamente dal tabellone, ma dallo sviluppo della partita: viene lesa quando, dopo aver partecipato, perde ingiustamente - a vantaggio di qualcun altro che ingiustamente vince - perché le regole non sono state ben applicate, oppure perché le regole di quella partita non erano conformi alle regole generali del tipo di gioco. E farà le sue contestazioni dopo aver perso. Se però un soggetto vuole partecipare al gioco ma il tabellone non glielo consente neppure, deve poter contestare direttamente il tabellone. Per lui, partecipare al gioco sarebbe inutile: non gli è consentito, che vi partecipa a fare? E se, invece, gli è consentito di partecipare, ma da un tabellone che contiene clausole che azzerano la sua possibilità di vincere, potrà contestare subito quelle clausole o dovrà comunque partecipare e rimandare le sue contestazioni alla fine del gioco?

PARTECIPARE ANCHE SE NON HAI SPERANZE

In fondo, il quesito risolto ora dalla Corte di Giustizia sta tutto qui:

il nostro ordinamento non contrasta con la normativa comunitaria, anche se non consente agli operatori economici di fare ricorso contro le decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice in una procedura cui hanno deciso di non partecipare perché le regole rendevano assai improbabile che l'appalto potesse essere loro aggiudicato. In sintesi: devi aver presentato un'offerta. Se non lo hai fatto, devi dimostrare che le previsioni di gara rendevano impossibile la formulazione stessa della tua offerta; altrimenti, non puoi contestare la procedura. O, più precisamente: un ordinamento nazionale ben può prevedere che la partecipazione alla gara sia una condizione necessaria per dimostrare l'interesse dell'operatore all'aggiudicazione dell'appalto, o comunque l'esistenza di una lesione a fronte della quale chiedere tutela.

Su questa conclusione si può discutere, ad esempio sotto il profilo della coerenza interna del nostro sistema. Se c'è un'esigenza di giungere alla definizione accele-

rata delle procedure in tema di appalti - come dimostrano le norme processuali speciali in materia - è utile far andare avanti una gara che pure presenta dei problemi che potrebbero essere affrontati subito? E si può discutere sotto il profilo dell'onerosità per l'operatore, perché i costi per formulare un'offerta ci sono anche quando l'offerta è inutile.

Ma, appunto, quanto al rispetto delle direttive comunitarie, la Corte non ravvisa problemi; e conferma conclusioni cui era giunta (pressoché unanime) giurisprudenza interna e, soprattutto, la Corte Costituzionale proprio nella stessa vicenda (245/2016).

IL RICORSO DA FARE QUANDO NON TI SERVE

C'è però da sperare che lo stesso Metro - rigoroso nel considerare insufficiente un interesse non attuale - venga utilizzato dalla Corte di Giustizia, ma anche dalla Corte Costituzionale, in un'altra vicenda. Quella che riguarda l'articolo 120, comma 2 bis, del codice dei contratti (sottoposto alle due Corti rispettivamente dal Tar Piemonte e dal Tar Puglia). È sempre questione di un interesse che manca. Si tratta infatti di una norma che impone di impugnare - nelle gare d'appalto - le ammissioni di tutti gli altri concorrenti già prima dell'aggiudicazione. Ed è chiaro che chi è obbligato a fare ricorso non ha interesse a farlo, perché non sa come finirà la gara, chi la vincerà, se lui si collocherà utilemente oppure no.

È vero che qui c'è una legge che afferma l'esistenza di un interesse, ma neppure una legge può far esistere una cosa che non c'è. E dunque solo una finzione, che obbliga a promuovere un contenzioso che non serve a chi lo deve proporre, a pena altrimenti di non poter ricorrere quando davvero ci sarà interesse a farlo (cioè contro un aggiudicatario che andava escluso). E che impedisce in realtà anche all'aggiudicatario di difendersi quando ha interesse a farlo - cioè quando un concorrente impugna la sua aggiudicazione - perché in quel momento gli è precluso di proporre ricorso incidentale: avrebbe dovuto impugnare l'ammissione del ricorrente principale nella fase precedente (quando non c'era né il ricorso principale, né l'aggiudicazione contro cui ricorrere).

Dietro tutto ciò c'è un equivoco: che la tutela giudiziaria dei singoli operatori debba servire ad altro (cioè a definire subito e per sempre la platea dei concorrenti). Ma per servire ad altro, è una tutela che non considera più le esigenze di chi la richiede. Sembra evidente, ma nulla è evidente se non si guarda.

*Avvocato

Il vizio antico della fuga di notizie

PIERO SANSONETTI

DALLA PRIMA PAGINA

Erano giorni di fuoco: quando uscivi di casa rischiavi di essere abbattuto da una pallottola, non da un tweet. Molti magistrati in quel periodo pagarono con la vita il loro impegno.

Il Procuratore Armando Spataro ieri ha polemizzato duramente con Matteo Salvini perché il ministro, in un impeto di soddisfazione, aveva twittato di prima mattina sull'arresto di alcuni cittadini nigeriani. Si sa che Salvini è particolarmente sensibile all'arresto degli africani, e perciò, talvolta si fa prendere dall'entusiasmo e non considera i dettagli. Quali erano i dettagli che hanno fatto infuriare Spataro? Due: che l'operazione era ancora in corso, e che i nigeriani - definiti da Salvini "mafiosi nigeriani" - non sono ancora condannati per mafia, come faceva capire il tweet, ma sono semplicissimi indagati, forse innocenti, e alcuni di loro non sono neanche sospettati di essere mafiosi.

Sul merito, stavolta, è difficile non dare ragione al magistrato. Sia quando protesta per l'intralcio alle indagini, sia quanto impartisce - raris avis - una lezione di garantismo al politico.

Poi però c'è anche da fare un ragionamento più generale, che riguarda sia i magistrati che i politici. E cioè un ragionamento sull'uso della fuga di notizie (ma in genere delle iniziative giudiziarie) nella lotta politica. Su questo terreno, di solito, i magistrati la fanno da padroni. Sono loro a favorire le fughe di notizie, a guidarle, a utilizzare i giornali, e sono loro a mostrare una certa soddisfazione quando il loro lavoro si trasforma in lavoro politico. Da quel che so io, Armando Spataro si è sempre tenuto fuori da questo gioco. Mi dicono i miei colleghi giudiziari milanesi che non si conoscono indagini che erano in mano a Spataro delle quali lo stesso Spataro abbia favorito le anticipazioni. Però, per la verità, non ricordo neanche molte polemiche di Spataro contro i suoi colleghi, condotte con la stessa forza con la quale ora, giustamente, polemizza con Salvini. Spataro, credo, era alla Procura di Milano quando furono consegnati al *Corriere della Sera* i documenti riguardanti l'avviso di garanzia in arrivo per Berlusconi, primo ministro in carica, durante un vertice internazionale a Napoli. Fu eliminato così il primo governo Berlusconi (poi lo stesso Berlusconi, vari anni dopo, fu scagionato). Spataro non aveva alcuna colpa. Però quella volta non pro-

testò. Capisco l'obiezione: non è che un magistrato sia tenuto a dissentire pubblicamente ogni volta che non condivide atti o dichiarazioni dei suoi colleghi. Giustissimo. Penso anch'io che i magistrati dovrebbero cercare di esternare il meno possibile e di tenersi per sé le proprie opinioni politiche. Però Armando Spataro non sempre si è attenuto a questo principio...

Anche stavolta l'esternazione di Spataro contro il ministro va considerata un eccesso? No, stavolta no: si è limitato a difendere una indagine della sua Procura sulla quale, per ragioni politiche, aveva fatto irruzione il leader della Lega.

Del resto se si possono imputare alcune contraddizioni a Spataro, se ne possono imputare altrettante, e forse di più, a Salvini. Non è lui il capo di un partito che per anni ha fatto parte del centrodestra a guida berlusconiana, che aveva portato il garantismo come una bandiera? Possibile che il garantismo si scioglia come neve al sole appena l'arrestato, invece di essere un elegante signore padano, è "negro"?

Questo è un problema molto serio che la destra italiana prima o poi dovrà risolvere. Il contrasto tra il garantismo per i borghesi e i bianchi, e la ferocia forcaiola per i disgraziati e per gli stranieri. È un contrasto che non ha futuro. Può portare dei voti, nell'immediato, ma prima o poi ti trovi di fronte alla scelta: sei garantista o giustizialista? Sei liberale o autoritario?

Può esistere una destra che non sia liberale e che rinunci al garantismo? E quali sono, allora, i valori moderni che le restano?



Direttore Responsabile:
Piero Sansonetti

Società Editrice:
Edizioni Diritto e Ragione srl.
(Socio Unico)

Via G. Mancini, 5 - 39100 Bolzano

Amministratore delegato
Roberto Sensi

REDAZIONE
Via del Governo Vecchio, 3 - 00186 Roma
telefono 0668803313
redazione@ildubbio.news

PUBBLICITA'

SB srl
Via Rovigo, 11 - 20132 Milano
colombo@sbsapie.it
02-45481605 Fax 02-36516041

PUBBLICITA' LEGALE
INTEL MEDIA PUBBLICITA'
Via Sant'Antonio, 30 - 76121 Barletta
info@intelmedia.it
Tel. 0883-347995

STAMPA

Il Sole 24 Ore S. p. a.
via Tiburtina Valeria,
Km 68.700 - 67061 Carsoli (AQ)

DISTRIBUZIONE

m-dis Distribuzione Media S.p.A.
Via Cazzaniga, 19 - 20132 Milano
Tel. 02-2582.1
Fax 02 - 2582.5306

REGISTRAZIONE

Registrato al Tribunale di Bolzano
n. 7 del 16 dicembre 2015
Iscrizione al Registro Operatori
di Comunicazione Numero 26618
ISSN 2499-6009

Questo numero è stato chiuso
in redazione alle 20,00