



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



CRITERI DI INTERPRETAZIONE DEL BANDO DI GARA DI APPALTO

Il tema dei criteri di interpretazione del bando di gara d'appalto è un argomento che presenta un rilievo molto spesso decisivo nella prassi applicativa. In particolare, il dubbio si pone tra il criterio letterale e il criterio teleologico. Sottesa alla scelta del canone ermeneutico da utilizzare per interpretare il bando di gara, infatti, si pongono esigenze contrapposte, tra cui notevole importanza riveste il legittimo affidamento dei partecipanti alla procedura di gara. Inoltre, la scelta del criterio interpretativo determina anche il rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa stabiliti dall'art. 97 della Costituzione.

di **Umberto Nappi**
IUS/10 - DIRITTO AMMINISTRATIVO
Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile
Raffaele Giaquinto

Publicato, Mercoledì 26 Agosto 2020

 Abstract ENG

The theme of interpretation criteria of the tender notice is a topic that has very often decisive importance in the application practice. In particular, the doubt arises between the literal criterion and the teleological criterion. Underlying the choice of the hermenutic canon to be used to interpret the tender notice, in fact, there are opposing needs, among which the legitimate expectation of participants in the tender procedure is of considerable importance. Furthermore, the choice of the interpretative criteria also determines compliance with the principles of impartiality and good performance of administrative action enshrined in art. 97 of the Constitution.

Sommario: 1. Premessa; 2. I criteri di interpretazione della legge e del contratto; 3. Natura giuridica del bando di gara; 4. Criteri di interpretazione del bando di gara; 5. Conclusioni

1. Premessa

Il tema dei criteri di interpretazione del bando di gara d'appalto rappresenta una questione giuridica molto dibattuta. Infatti, l'opzione su quali criteri ermeneutici applicare al caso di specie può incidere sia sulla scelta di un'impresa di partecipare o meno alla gara stessa sia sulla relativa offerta tecnica da presentare. Inoltre, molto spesso, da un tipo di interpretazione accolta possono derivare le sorti dell'aggiudicazione della gara stessa. E, proprio per questo aspetto, sulla questione si verifica molto contenzioso che la giurisprudenza è chiamata a dirimere.

Per capire, tuttavia, l'orientamento giurisprudenziale che si è formato sull'argomento è necessario, preliminarmente, evidenziare come il Legislatore non stabilisce criteri di interpretazione per il bando di gara, diversamente da come avviene per la legge (art 12 disp. prel. c.c.) e per il contratto (art 1362 ss c.c.).

Pertanto, è necessario comprendere la natura giuridica del bando di capire per stabilire, eventualmente, se l'interprete debba applicare analogicamente i criteri previsti per la legge o per il contratto, ovvero se il bando di gara abbia un proprio statuto giuridico interpretativo.

2. I criteri di interpretazione della legge e del contratto

L'art 12 disp prel. c.c. stabilisce al co. 1 che "nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole

secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore". Il successivo co. 2, poi, dispone che "se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato".

Come è noto, il secondo comma prevede il ricorso all'analogia per colmare eventuali lacune non volontarie dell'ordinamento.

Il primo comma, invece, stabilisce che il criterio di interpretazione della legge è, in via principale, quello letterale, e, in via residuale, quello teleologico.

La ratio sottesa alla scelta del Legislatore di anteporre il criterio letterale su quello teleologico è la garanzia della certezza del diritto. In questo modo, infatti, si evita che i consociati debbano indagare su quello che il Legislatore ha realmente voluto, potendo, invece, fare legittimo affidamento sul significato letterale della norma.

Solo nel caso di incertezza del tenore letterale, si può far ricorso all'intenzione del Legislatore.

Invece, in materia contrattuale, il Legislatore pone regole di interpretazione esattamente contrarie.

Infatti, l'art. 1362 c.c. stabilisce che "nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole". Dunque, il criterio prioritario dell'interpretazione del contratto è quello teleologico.

La scelta del Legislatore si spiega per una duplice ragione. Anzitutto, nel contratto non ci sono esigenze di certezza del diritto da salvaguardare. Infatti, il contratto, avendo forza di legge tra le parti ex art 1372 c.c., non pone problemi di tutela di affidamento dei terzi.

Inoltre, proprio per il principio di relatività del contratto, si deve osservare come il criterio teleologico tutela maggiormente i contraenti, dal momento che indaga principalmente sulla loro comune volontà negoziale.

Successivamente, il Codice civile pone ulteriori norme di interpretazione che si distinguono in canoni ermeneutici soggettivi ed oggettivi.

I primi, previsti agli artt. 1362-1365 c.c., sono regole che indagano sulla comune intenzione delle parti. I secondi, agli artt. 1367-1371 c.c., invece, prescindono dall'intenzione soggettiva delle parti e tendono a dare un significato al contratto tramite canoni oggettivi, di carattere residuale. A mezza via, si pone la regola di interpretazione del contratto secondo buona fede stabilita dall'art. 1366 c.c.

Ciò posto, come già anticipato, tramite l'indagine sulla natura giuridica del bando amministrativo si può stabilire se sia applicabile il regime di interpretazione della legge ovvero quello del contratto.

3. Natura giuridica del bando di gara

In dottrina ed in giurisprudenza è solito affermare che il bando di gara costituisce *lex specialis* della singola procedura di gara^[1].

Già dall'espressione usata si può desumere la natura incerta di tale atto.

Infatti, secondo una prima ricostruzione, il bando di gara rappresenterebbe un atto normativo. Questa affermazione viene sostenuta in quanto il bando di gara condividerebbe alcune caratteristiche tipiche degli atti normativi: la generalità e l'astrattezza.

Tuttavia, questo orientamento è stato criticato perché il criterio discrezionale tra atto normativo e provvedimento amministrativo viene individuato «nell'idoneità ad introdurre definitivamente nell'ordinamento giuridico regole o precetti destinati ad essere applicati ad una serie indefinita di rapporti»^[2].

In questa prospettiva, allora, altra ricostruzione osserva come il bando di gara sarebbe un atto amministrativo generale proprio perché le prescrizioni ivi contenute, pur rivolgendosi ad una generalità di consociati, sono destinate ad esaurire la loro efficacia con la conclusione della procedura^[3].

Inoltre, secondo l'insegnamento della giurisprudenza amministrativa^[4], la generalità ed astrattezza tipica dell'atto normativo determinano l'indeterminabilità sia a priori che a posteriori dei destinatari. Diversamente, nel bando di gara, l'indeterminabilità è solo a priori, in quanto, scaduti i termini per la presentazione delle domande di partecipazione, la platea dei destinatari è determinata.

Se il bando di gara d'appalto allora non è equiparabile ad un atto normativo, si deve

escludere l'applicazione diretta dell'art 12 delle disp. prel. c.c.

Si pone a questo punto il dubbio se sia applicabile al bando di gara lo statuto giuridico dell'interpretazione del contratto previsto dal Codice Civile.

Al riguardo, si può affermare che la risposta affermativa sarebbe ammissibile solo laddove si ritenesse del tutto equiparabile il provvedimento amministrativo al contratto.

Tuttavia, tale equiparazione totale, sebbene nel diritto amministrativo si assiste sempre più a un uso massiccio di regole privatistiche, non è plausibile, in quanto la logica sottesa al provvedimento amministrativo è ben diversa da quella del contratto. Infatti, per il primo vige il principio dell'autoritatività, imponendosi al destinatario a prescindere dal suo consenso, invece, il secondo è governato dalla libertà dei contraenti.

Pertanto, si deve concludere che non è applicabile in via diretta il regime previsto dagli artt. 1362 ss del Codice civile.

Dunque, non essendo applicabili in via diretta né l'art 12 delle disp. prel. c.c. né gli artt. 1362 ss del c.c. per i motivi esposti, si deve osservare come per l'interpretazione del bando di gara d'appalto l'ordinamento non prevede alcuna regola espressa. Pertanto, è necessario ricorrere allo strumento dell'analogia per stabilire quali siano i criteri interpretativi applicabili al caso di specie.

4. Criteri di interpretazione del bando di gara d'appalto

Per l'interpretazione del bando di gara d'appalto, dunque, è necessario ricorrere all'analogia. Per stabilire, allora, se sia applicabile in via analogica il criterio letterale ovvero il criterio teleologico è necessario stabilire la ratio sottesa al bando di gara.

Il bando di gara, come detto, è il provvedimento amministrativo generale che stabilisce la "lex specialis" della procedura dell'evidenza pubblica per l'individuazione del contraente.

Nella procedura di gara sono presenti esigenze contrapposte: da un lato, quella della P.A. di individuare il miglior contraente, e dall'altro garantire la maggior partecipazione possibile, in quanto solo così si garantirebbe che il contraente sia effettivamente il migliore (c.d. principio del favor participationis). Inoltre, è possibile individuare anche una esigenza di tutela dell'affidamento dei partecipanti i quali, in base alle regole stabilite dalla "lex specialis", orientano le proprie scelte.

Alla luce di queste esigenze, la giurisprudenza consolidata afferma che «i bandi gara devono essere interpretati secondo la valenza letterale delle parole, ovvero per ciò che essi dicono espressamente, dispensando il concorrente dal ricostruire con indagini ermeneutiche integrative significati ulteriori ed inespressi, a tutela dell'affidamento degli interessati e del favor participationis. Detto in altri termini, per assicurare le esigenze di certezza connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti, le clausole del bando di gara devono essere interpretate strettamente, essendo di conseguenza preclusa qualsiasi lettura che non sia giustificata da un'obiettiva incertezza del loro significato letterale»^[5].

Dalla lettura della giurisprudenza, dunque, è possibile ricavare che il criterio a cui si deve fare ricorso è quello letterale.

Tale opzione è giustificata dall'esigenza di tutelare il legittimo affidamento dei partecipanti che, come i consociati devono poter fare affidamento sul tenore letterale della legge, così devono poter fare affidamento sul tenore letterale della *lex specialis*.

Solo in caso di incertezza del significato letterale, è possibile fare ricorso al criterio teleologico.

5. Conclusioni

Come si può osservare allora, per quanto attiene ai criteri di interpretazione, il bando di gara è equiparabile all'atto normativo.

Tale soluzione, tuttavia, non può portare a riconsiderare l'affermazione secondo cui il bando di gara rappresenta un atto amministrativo generale.

L'opzione in favore del criterio letterale si giustifica con la tutela delle esigenze sottese alla procedura di evidenza pubblica.

In conclusione, dunque, si deve affermare che il criterio letterale per l'interpretazione del bando di gara d'appalto è quello che meglio garantisce la tutela del buon andamento dell'azione amministrativa e dell'imparzialità della P.A. stabiliti dall'art. 97 della Costituzione.

Note e riferimenti bibliografici

[1] M. CLARICH, Manuale di diritto amministrativo, Il Mulino, 2019: pag 76: "Il bando costituisce lex specialis della singola procedura di gara, vincola pertanto la stazione appaltante (che non può disapplicarlo) e condiziona la legittimità degli atti adottati"

[2] L. BUSICO - V. TENORE, La disciplina giuridica dei concorsi nel pubblico impiego, Giuffrè Editore, 2006, p. 46

[3] M. FRATINI, Manuale sistematico di diritto amministrativo, Roma, 2020, p. 70

[4] Cons. Stato Ad. Plenaria 4 maggio 2012 n. 9

[5] Cons. Stato, V, 4 Giugno 2020, n. 3511

* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:
<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=5703>