

Il formalismo che caratterizza la disciplina delle procedure per l'aggiudicazione dei contratti della pubblica amministrazione risponde da un lato ad esigenze pratiche di certezza e celerità, dall'altro, e soprattutto, alla necessità di garantire l'impar

Autore: Lazzini Sonia

In: Coperture assicurative

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 1453 del 20 marzo 2006 ci insegna che:

<la giurisprudenza di questa Sezione ha più volte ribadito che la portata vincolante delle prescrizioni contenute nel regolamento di gara esige che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura, senza che in capo all'organo amministrativo cui compete l'attuazione delle regole stabilite nel bando residui alcun margine di discrezionalità in ordine al rispetto della disciplina del procedimento.

Da tale principio discende che, qualora il bando o la lettera di invito comminino espressamente l'esclusione obbligatoria in conseguenza di determinate violazioni, anche soltanto formali, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a tali previsioni, senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale circa la rilevanza dell'inadempimento, l'incidenza di questo sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella lex specialis, alla cui osservanza la stessa Amministrazione si è autovincolata al momento dell'adozione del bando>

Ed inoltre

>D'altra parte, la clausola in questione, sorretta, come già evidenziato, da precise finalità a tutela dell'interesse della stazione appaltante, non può considerarsi in alcun modo violativa di disposizioni comunitarie, e quindi comunque suscettibile di disapplicazione, fermo restando, in ogni caso, che la giurisprudenza amministrativa si è già pronunciata nel senso che la complessa questione della disapplicabilità di atti amministrativi nazionali contrastanti con il diritto comunitario va risolta in senso negativo, e cioè negando, come per il caso di violazione di norme dell'ordinamento interno, il relativo potere del giudice amministrativo (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35***, riportata in calce).>

A cura di *****

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il
Consiglio
di
Stato
in
sede
giurisdizionale,
Sezione Quinta

ANNO
2005

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sul ricorso n. 2217/2005 R.G. proposto da **** s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli ***** e ***** , ed elettivamente domiciliata presso lo studio del Dott. ***** , in Roma, Via Cosseria n. 2;

CONTRO

- Comune di Forlì, in persona del Sindaco in carica, non costituito in giudizio;

e nei confronti di

- Sig. *****i, rappresentato e difeso dall'Avv. ***** , ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'Avv. ***** , in Roma, Via Confalonieri n. 5

PER LA RIFORMA

Della sentenza resa dal T.A.R. per l'Emilia Romagna, Bologna, Sezione II, n. 3648/04, pubblicata in data 18 ottobre 2004.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Sig. *****i;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Nominato relatore il Consigliere *****;

Udito alla pubblica udienza del 18.10.2005 l'avv. Foschicome da verbale d'udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

Con sentenza n. 3648/04 del 18 ottobre 2004 il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Bologna, Sezione II, rigettava il ricorso con cui la **** s.r.l. chiedeva l'annullamento della deliberazione della Giunta Comunale di Forlì n. 885 del 27 ottobre 1998, recante la dichiarazione di invalidità di

ammissione ad asta pubblica e decadenza da aggiudicazione provvisoria.

L'appellante contrasta le argomentazioni del giudice di primo grado.

Si è costituito il Sig.*****a ****i per resistere all'appello.

Non si è costituito il Comune di Forlì.

Alla pubblica udienza del 18.10.2005 la causa è stata chiamata e trattenuta per la decisione, come da verbale.

D I R I T T O

1. Il Collegio può prescindere dalla disamina delle eccezioni di irricevibilità dell'appello e di inammissibilità dei motivi di ricorso proposte dal controinteressato, in quanto il gravame è comunque infondato nel merito e pertanto non può essere favorevolmente definito.

L'appellante censura la pronuncia impugnata sostenendo, anzitutto, che il T.A.R. avrebbe errato nell'interpretare la clausola di gara che, ai fini della partecipazione alla procedura di vendita immobiliare in questione, deliberata dal Comune di Forlì, prevedeva per i legali rappresentanti di società o enti la produzione dei relativi documenti autorizzatori ritenendo necessaria, quindi, la previa delibera del Consiglio di Amministrazione che conferisse al legale rappresentante della stessa società il potere di impegnarla, quanto meno con riferimento alla gara.

Ritiene, invero, la ricorrente che, tenendo conto anche degli artt. 2384 e 2384 bis c.c., una tale autorizzazione non doveva richiedersi, riferendosi la sopra richiamata prescrizione di gara solamente ad eventuali limitazioni, nella specie inesistenti, ai poteri rappresentativi, che venivano esercitati disgiuntamente da entrambi gli amministratori in carica.

L'assunto è infondato.

Il bando di gara era chiaro nel prevedere, alla lettera D), che non poteva presentare l'offerta il legale rappresentante di una società che non avesse previamente depositato gli atti da cui risultasse l'attribuzione in proprio favore del potere di impegnare la società, che nella specie, ai sensi dello statuto della **** s.r.l., doveva essere conferito dal Consiglio di Amministrazione. Tale atto autorizzatorio è stato invece presentato tardivamente rispetto alle previsioni del bando, con relativa violazione della lex specialis. In proposito non può soccorrere il richiamo effettuato dall'appellante al disposto di cui agli artt. 2384 e 2384 bis c.c., giacché deve distinguersi in ogni caso il potere di rappresentanza della società dal potere di gestione, al quale ultimo faceva riferimento inequivocabilmente la clausola di bando violata, volta a garantire l'alienante da eventuali contestazioni successive alla vendita.

Né può ritenersi, come sostenuto dalla società ricorrente, che l'Amministrazione avrebbe dovuto considerare legittima la tardiva produzione del documento in questione, consentendo la regoralizzazione della propria posizione in quanto tale violazione del bando doveva ritenersi una mera irregolarità.

Sul punto, infatti, la giurisprudenza di questa Sezione ha più volte ribadito che la portata vincolante delle prescrizioni contenute nel regolamento di gara esige che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura, senza che in capo all'organo amministrativo cui compete l'attuazione delle regole stabilite nel bando residui alcun margine di discrezionalità in ordine al rispetto della disciplina del procedimento. Da tale principio discende che, qualora il bando o la lettera di invito comminino espressamente l'esclusione obbligatoria in conseguenza di determinate violazioni, anche soltanto formali, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a tali previsioni, senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale circa la rilevanza dell'inadempimento, l'incidenza di questo sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*, alla cui osservanza la stessa Amministrazione si è autovincolata al momento dell'adozione del bando (cfr., ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32; 25 gennaio 2003, n. 357). Il formalismo che caratterizza la disciplina delle procedure per l'aggiudicazione dei contratti della pubblica amministrazione risponde, infatti, da un lato ad esigenze pratiche di certezza e celerità, dall'altro, e soprattutto, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti.

D'altra parte, la clausola in questione, sorretta, come già evidenziato, da precise finalità a tutela dell'interesse della stazione appaltante, non può considerarsi in alcun modo violativa di disposizioni comunitarie, e quindi comunque suscettibile di disapplicazione, fermo restando, in ogni caso, che la giurisprudenza amministrativa si è già pronunciata nel senso che la complessa questione della disapplicabilità di atti amministrativi nazionali contrastanti con il diritto comunitario va risolta in senso negativo, e cioè negando, come per il caso di violazione di norme dell'ordinamento interno, il relativo potere del giudice amministrativo (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35).

2. Alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso in appello va rigettato.

3. Sussistono, comunque, giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione V) rigetta l'appello in epigrafe.

Compensa le spese del giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, palazzo Spada, sede del Consiglio di Stato, nella camera di consiglio del 18.10.2005 con l'intervento dei sigg.ri

Presidente,

Consigliere,

Consigliere,

Consigliere,

Consigliere estensore.

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to *****

f.to *****

IL SEGRETARIO

f.to *****

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20 marzo 2006

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL
DIRIGENTE

f.to *****

§§§§§§§§§§§§§§§§

*** Consiglio di Stato, decisione numero 35 del 10 gennaio 2003

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione

ha pronunciato la seguente

decisione

sul ricorso in appello n.7789/2000 proposto dall'Azienda Sanitaria Locale n.3 - Provincia di Milano, in persona del Direttore Generale pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. ***** ed elettivamente domiciliata presso l'Avv. ***** in Roma, Via Cicerone n.28;

CONTRO

**** s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli ***** , ***** ed ***** ed elettivamente domiciliata presso quest'ultimo in Roma, Via Giulio Cesare n. 14;

E NEI CONFRONTI DI

**** a r.l., non costituita;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia - Milano, Sez. III, n.3831/00 in data 14.1/31.5.00;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della **** s.r.l.;

Viste le memorie depositate dalle parti;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 26 novembre 2002, relatore il consigliere *****, uditi i difensori delle parti, come da verbale d'udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con la sentenza appellata veniva accolto il ricorso proposto dalla **** s.r.l. contro la delibera di aggiudicazione alla controinteressata **** s.r.l. dei lotti 1 e 3 della gara, indetta dalla A.S.L. n.3 - Provincia di Milano, per l'affidamento dei servizi di assistenza riabilitativa e infermieristica domiciliare e della previsione contenuta nell'art.7 del capitolato speciale di appalto.

Avverso la predetta decisione proponeva rituale appello l'Azienda Sanitaria Locale n.3 - Provincia di Milano, contestando la correttezza del convincimento espresso dal T.A.R. in merito all'ammissibilità della disapplicazione del capitolato speciale, non tempestivamente impugnato, ed all'illegittimità della previsione relativa alla retribuzione oraria minima del personale impiegato nel servizio ed invocando l'annullamento della pronuncia impugnata.

Resisteva la **** s.r.l., contestando la fondatezza degli argomenti dedotti a sostegno dell'appello e domandandone la reiezione.

Non si costituiva, invece, la **** a r.l..

Con ordinanza resa nella camera di consiglio del 29 settembre 2000 veniva sospesa l'esecuzione della sentenza appellata, in accoglimento dell'istanza cautelare formulata dall'Azienda appellante.

Alla pubblica udienza del 26 novembre 2002 il ricorso veniva trattenuto in decisione.

DIRITTO

1.- Al fine di una compiuta comprensione della questione principalmente controversa appare necessaria una preliminare ricognizione della vicenda, sostanziale e processuale, dedotta in giudizio.

L'Azienda Sanitaria Locale n.3 - Provincia di Milano indiceva, con delibera del Direttore Generale n.819 del 22 settembre 1998, una gara mediante pubblico incanto, e con il criterio di aggiudicazione al prezzo più basso, per l'affidamento del servizio domiciliare infermieristico, riabilitativo e medico specialistico per la durata di due anni, suddiviso in quattro lotti.

La **** s.r.l. presentava un'offerta contenente il massimo ribasso nei lotti 1 e 3, comunicava successivamente all'amministrazione, in riscontro a specifica richiesta, la composizione analitica della propria proposta contrattuale ai fini della valutazione dell'anomalia ai sensi dell'art.25 D. Lgs. n.157/95 e veniva, infine, esclusa dalla gara, contestualmente aggiudicata alla **** a r.l., in applicazione dell'art.7 del capitolato speciale d'appalto, che prescriveva espressamente, a pena d'esclusione, una retribuzione oraria minima, inosservata dalla **** s.r.l., per il personale addetto al servizio (L.27.100 per infermieri e terapisti della riabilitazione e L.70.000 per medici specialisti e fisiatristi).

La delibera di aggiudicazione del servizio alla **** a r.l., l'esclusione dalla procedura della **** s.r.l. e la presupposta previsione del capitolato speciale venivano impugnate dinanzi al T.A.R. dalla società interessata, che assumeva l'illegittimità della regola di gara (e, in via derivata, dei provvedimenti applicativi conseguenti) che stabiliva una retribuzione oraria minima per i dipendenti delle imprese concorrenti, in quanto confliggente con il metodo di aggiudicazione al massimo ribasso nonché con il divieto di esclusione automatica delle offerte anomale.

L'Azienda resistente eccepiva la tardività dell'impugnazione della menzionata clausola del capitolato speciale e contestava, comunque, nel merito le censure rivolte contro di quella.

Il Tribunale lombardo, pur riconoscendo il carattere immediatamente lesivo della prescrizione controversa e, dunque, la tardività della sua contestazione, provvedeva a disapplicare in parte qua il capitolato speciale, giudicando illegittima la clausola impugnata in quanto contrastante con il criterio di aggiudicazione al prezzo più basso, e ad annullare, in quanto viziati in via derivata, l'esclusione della ricorrente dalla procedura e l'aggiudicazione del servizio alla società controinteressata.

Tale decisione viene appellata dalla A.S.L. n.3, che la critica principalmente sotto il profilo della ritenuta inapplicabilità del capitolato speciale e ne invoca l'annullamento.

Resiste l'**** s.r.l., eccependo, in via pregiudiziale, l'irricevibilità del ricorso, difendendo, nel merito, il convincimento espresso del T.A.R. in ordine alla questione contestata, in via principale, dalla ricorrente,

ribadendo le ragioni dell'illegittimità della controversa previsione del capitolato speciale e concludendo per la reiezione dell'appello.

2.- Va preliminarmente disattesa l'eccezione di rito formulata dall'appellata ****, con la quale si deduce l'irricevibilità del ricorso in appello in quanto depositato oltre il prescritto termine di quindici giorni, così computato in applicazione della previsione dell'art.23 bis L. n.1034/71 che stabilisce la riduzione alla metà di tutti i termini processuali nelle controversie del tipo di quella presente.

L'eccezione è infondata in quanto sostenuta dall'erroneo presupposto dell'applicabilità della disposizione richiamata ai termini relativi all'introduzione del presente ricorso.

A ben vedere, infatti, l'art.23 bis L. n.1034/71 deve ritenersi inapplicabile *ratione temporis* alla fase processuale controversa.

Premesso, infatti, che gli adempimenti relativi all'instaurazione del contraddittorio ed alla costituzione del rapporto processuale (rappresentati dalla notifica del ricorso alle parti appellate e dal successivo deposito in Segreteria dell'atto introduttivo notificato) appaiono riconducibili, per l'identità dello scopo cui risultano finalizzati (l'introduzione del giudizio d'appello), ad un'unica fase processuale, è sufficiente rilevare che il ricorso in esame è stato notificato alle controparti in data 28 luglio e 2 agosto 2000 e che la L. n.205/2000 (il cui art.4 ha introdotto l'art.23 bis nella L. n.1034/71) è entrata in vigore (successivamente) in data 10 agosto 2000, per concludere, in applicazione del principio *tempus regit actum*, che la fase processuale in questione risulta interamente (ivi compreso il deposito del ricorso) soggetta al regime previgente (nei riguardi del quale l'adempimento in questione risulta rituale).

Quand'anche, tuttavia, si dovesse ritenere applicabile la previsione relativa al dimezzamento dei termini processuali a quello per il deposito del presente ricorso, si dovrebbe, comunque, concedere d'ufficio all'appellante il beneficio dell'errore scusabile, in conformità a quanto ritenuto, sul punto, dall'Adunanza Plenaria (cfr. Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 31 maggio 2002, n.5), sulla base del condivisibile rilievo delle obiettive difficoltà interpretative sottese alla questione dell'applicabilità della disposizione menzionata (peraltro, nel caso in esame, entrata in vigore da pochissimi giorni) anche al termine stabilito per il deposito del ricorso.

3.- Nel merito, la questione principalmente dibattuta tra le parti è costituita dalla disapplicabilità del regolamento di gara (bando o capitolato speciale) da parte del giudice amministrativo.

Il problema si pone, ovviamente, nei soli casi in cui il bando (o altro atto contenente la disciplina di gara) non sia stato impugnato tempestivamente, ma solo insieme all'atto applicativo (ad es. esclusione dalla procedura dell'impresa ricorrente) della prescrizione (contenuta nel bando) che si assume illegittima.

Occorre, allora, verificare in via preliminare la sussistenza, nel caso di specie, dell'onere (e, in caso positivo, del suo rituale assolvimento dalla parte onerata) di immediata impugnativa del capitolato speciale (relativamente alla clausola contestata).

4.- La natura di atto amministrativo generale del bando (o del capitolato) parrebbe, ad un primo esame, esimere dall'onere della sua immediata impugnazione, posto che normalmente, a fronte di un atto con tale carattere, la lesione dell'interesse si concreta solo con l'adozione del provvedimento applicativo della regola generale e non anche con l'emanazione di questa.

4.1- Sennonché, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, specificamente investita della questione, ha provveduto (cfr. C.S., Ad. Plen., ord. 4.12.1998, n.1) a distinguere le clausole immediatamente lesive dell'interesse degli aspiranti concorrenti alla partecipazione alla procedura, che devono essere autonomamente impuginate nel termine di decadenza dalla pubblicazione del bando, dalle altre regole di gara, che possono essere impuginate unitamente all'atto applicativo.

Sulla base del rilievo che l'Amministrazione è vincolata a dare attuazione alle clausole del bando e che può esimersi dal garantire la loro applicazione solo in presenza di prescrizioni ambigue e suscettibili di più possibili ed ugualmente plausibili interpretazioni, l'Adunanza Plenaria ha concluso affermando il principio dell'inammissibilità, nei casi di contestazione di clausole qualificabili immediatamente lesive secondo il predetto criterio, sia del ricorso proposto avverso il solo provvedimento di esclusione, da valersi quale atto meramente consequenziale e vincolato nel contenuto, sia del gravame proposto contro l'atto di esclusione ed il bando, ove siano decorsi i termini per l'impugnazione di quest'ultimo.

Tale insegnamento, ancorchè seguito dall'affermazione di tesi parzialmente difformi (esaurientemente riassunte in Cons. Stato, Sez. V, ord.za 6 maggio 2001, n.2406) sia, in misura minoritaria, nel senso del differimento tout court dell'onere di impugnazione del bando alla conclusione del procedimento sia nel senso dell'ampliamento dei casi di immediata impugnabilità delle clausole della lex specialis, deve ritenersi, allo stato, espressivo della soluzione preferibile in quanto coerente con le esigenze di certezza ed uniformità sottese alla definizione delle ipotesi nelle quali è configurabile un onere di immediata impugnazione del regolamento di gara.

Va, comunque, rilevato che, a fronte della significativa consistenza dell'orientamento che preferisce l'anticipazione dell'onere di immediata impugnazione di talune clausole (segnatamente di quelle relative alle modalità di presentazione dell'offerta, alla valutazione di quest'ultima, al metodo di gara nonché alla composizione ed al funzionamento della commissione), l'opposta tesi, confliggente con il menzionato orientamento dell'Adunanza Plenaria, che esclude la stessa configurabilità del predetto onere e che ammette, in ogni caso, l'impugnazione del bando unitamente all'atto applicativo risulta sostenuta in un esiguo, e pressoché trascurabile, numero di pronunce.

4.2- Posto, comunque, che non rileva nel caso di specie la questione dell'estensione del novero delle clausole del bando immediatamente impugnabili e che non può, di contro, dubitarsi della portata immediatamente lesiva (in linea con la tesi tradizionale) delle prescrizioni che incidono direttamente sull'interesse partecipativo (precludendo all'impresa interessata l'ammissione alla selezione cui aspira di prendere parte), deve riscontrarsi la palese idoneità della clausola contenuta nell'art.7 del capitolato speciale a pregiudicare ex ante l'interesse della **** a concorrere alla selezione in questione.

Pur non stabilendo un requisito di partecipazione non posseduto dall'interessata, infatti, la clausola ricordata prescriveva, a pena d'esclusione, una retribuzione oraria minima per gli addetti al servizio oggetto dell'appalto, sicchè, tenuto conto del carattere vincolante di tale previsione, del suo univoco significato e della conseguente impossibilità della sua disapplicazione da parte dell'Amministrazione, risultava evidente come l'attuazione di tale regola avrebbe certamente determinato (come, infatti, è accaduto) l'esclusione della Omnia Media, in considerazione della composizione economica della sua offerta (chiaramente violativa del precetto sopra descritto).

Appariva, quindi, palese, fin dalla lettura del capitolato speciale, che un'offerta economica difforme dalle condizioni inderogabili ivi indicate avrebbe precluso l'ammissione dell'impresa autrice di quella proposta alla selezione concorsuale, risultando così comprovata la configurabilità nella clausola in discussione di un'efficacia immediatamente lesiva dell'interesse partecipativo ascrivibile alla ****.

4.3- Né vale, di contro, denunciare il carattere ambiguo della prescrizione in esame in quanto contrastante con il criterio di aggiudicazione al prezzo più basso (contestualmente indicato nel bando e nella lettera di invito), posto che l'espressa previsione della sanzione dell'esclusione nel caso di presentazione di un'offerta difforme dalle condizioni economiche contestualmente indicate come inderogabili impedisce, per la portata univoca del relativo contenuto precettivo, di riconoscere qualsivoglia equivocità in tale clausola.

4.4- Ne consegue che il capitolato speciale, in coerenza con il principio sopra affermato, doveva essere immediatamente impugnato in parte qua dalla **** (anche tenuto conto della pacifica inosservanza dell'art.7 nell'offerta dalla stessa presentata) e che l'impugnazione del predetto atto unitamente al provvedimento, meramente consequenziale e vincolato, di esclusione della stessa società ed a quello di aggiudicazione del servizio alla controinteressata si rivela tardiva e, come tale, irricevibile, in quanto rivolta contro un atto rimasto inoppugnato e produttivo di effetti definitivamente consolidatisi per l'inutile decorso del termine di decadenza stabilito per la sua contestazione giudiziale.

5.- Così accertata l'irricevibilità del ricorso, occorre procedere alla disamina della questione dell'ammissibilità della disapplicazione da parte del giudice amministrativo del capitolato speciale tardivamente impugnato.

5.1- Come già rilevato, infatti, i primi giudici, dopo aver riscontrato la tardività del ricorso, hanno proceduto comunque all'esame della legittimità della clausola controversa, provvedendo, quindi, a disapplicarla e ad annullare gli atti di gara conseguenti.

L'Azienda appellante contesta la correttezza del convincimento espresso dal T.A.R. circa l'ammissibilità della disapplicazione del capitolato speciale, mentre la società appellata difende la valutazione ammissiva di tale potere.

5.2- Così illustrata la questione principalmente controversa, appare opportuno ricordare la natura del vizio rilevato dal T.A.R. al fine di circoscrivere ulteriormente l'ambito cognitivo.

La clausola che imponeva, a pena d'esclusione, l'indicazione nell'offerta economica di una retribuzione oraria minima del personale addetto all'espletamento del servizio è stata, in particolare, giudicata illegittima per la sua ritenuta contraddittorietà con il criterio di aggiudicazione al prezzo più basso nonché per l'irragionevolezza della fissazione di una soglia minima di remunerazione dei dipendenti dell'impresa aggiudicataria.

Come si vede, il giudizio di illegittimità in questione risulta fondato sul decisivo rilievo dell'illogicità della previsione in esame più che sul riscontro del contrasto con una specifica disposizione di legge.

Quando, infatti, si reputa illegittima la clausola controversa in quanto stabilita in evidente conflitto con la previsione del criterio di aggiudicazione al prezzo più basso nonché priva di adeguata giustificazione nel suo contenuto precettivo, si accerta, in sostanza, la violazione, nell'esercizio del potere di regolamentazione della gara, dei canoni di coerenza, logicità e ragionevolezza che presiedono all'azione amministrativa e non anche, nonostante alcune diverse indicazioni rinvenibili nella motivazione, l'inosservanza di specifiche disposizioni normative.

5.3- Da tale qualificazione dei vizi riscontrati nel capitolato speciale discende che l'analisi relativa alla sua disapplicabilità non comprende il complesso problema dell'ammissibilità della disapplicazione di atti amministrativi nazionali contrastanti con il diritto comunitario (o con le norme nazionali derivate), in quanto estraneo alla materia controversa.

L'indagine che compete al Collegio risulta, invece, circoscritta alla verifica del potere del giudice amministrativo di sindacare in via incidentale ed eventualmente di disapplicare gli atti amministrativi (tardivamente impugnati) sotto il profilo della difformità dal diritto nazionale.

5.4- Così chiariti i limiti della presente cognizione, occorre descrivere l'ambito oggettivo del potere di disapplicazione del giudice amministrativo, per come definito dalla prevalente giurisprudenza.

Com'è noto, a seguito di un complesso dibattito dottrinale e giurisprudenziale, il Consiglio di Stato ha provveduto a rivedere i limiti del potere di disapplicazione di atti amministrativi non impugnati o impugnati in ritardo, superando il rigido orientamento tradizionale che escludeva, quasi in assoluto, l'ammissibilità di tale potestà.

Ai limitati fini che qui rilevano, pare sufficiente riassumere lo stato dell'elaborazione giurisprudenziale sul tema appena illustrato nei seguenti termini: il potere del giudice amministrativo di disapplicare atti non ritualmente impugnati è ammesso nelle sole ipotesi di giurisdizione esclusiva, relativamente alla controversie relative a diritti soggettivi (sulla base di un'interpretazione estensiva dell'art.5 L. n.2245/1865 all.E), nonché nei riguardi di regolamenti illegittimi, sia quando il provvedimento impugnato sia contrastante con il regolamento (Cons. Stato, Sez.V, n.154/92) sia quando sia conforme al presupposto atto normativo (Cons. Stato, Sez.V, 24 luglio 993, n.799) e, in ogni caso, anche quando si verte in materia di interessi legittimi (Cons. Stato, Sez.V, 19 settembre 1995, n.1332).

L'orientamento ammissivo della disapplicazione dei regolamenti non ritualmente impugnati risulta, in particolare, fondato sul rilievo della natura normativa del regolamento e sulla necessità, in caso di contrasto tra norme di rango diverso, di garantire il rispetto della gerarchia delle fonti e di accordare, quindi, prevalenza a quella di rango superiore (e cioè alla legge o ad altro atto di normazione primaria).

5.5- Ne consegue che, in conformità a tale orientamento, va esclusa, al di fuori delle limitate ipotesi sopra indicate, la disapplicazione di provvedimenti amministrativi non ritualmente impugnati, e, in particolare, di quelli che, ancorchè connotati da una valenza generale, risultano privi di natura normativa, posto che, ammettendo il sindacato incidentale di questi ultimi, si finirebbe per sovvertire le regole del giudizio impugnatorio, per snaturarne i caratteri essenziali e, in definitiva, per consentire l'elusione del termine di decadenza stabilito al fine di ottenere dal giudice amministrativo l'eliminazione degli atti lesivi di interessi legittimi.

5.6- Sennonché il Tribunale lombardo ha ripetutamente affermato, anche con la decisione in esame, la disapplicabilità del bando di gara (o di altro atto contenente la disciplina del procedimento, come il capitolato speciale) sulla base del duplice rilievo della sua qualificazione come atto normativo e della necessaria sostituzione di diritto, ai sensi degli artt.1339 e 1419 c.c., delle clausole difformi da disposizioni legislative inderogabili.

Tali argomenti risultano assunti dai primi giudici in maniera autonoma e concorrente, sicchè vanno esaminati separatamente.

5.7- Con il primo ordine di considerazioni, come già osservato, si sostiene la qualificabilità del bando come atto di normazione secondaria, in quanto diretto a dettare la disciplina della procedura, e si afferma, di conseguenza, la sua disapplicabilità sulla base del rispetto della gerarchia delle fonti ed in applicazione della regola di risoluzione delle antinomie tra disposizioni di rango diverso.

Tale tesi va disattesa in quanto erroneamente fondata sulla presupposta natura normativa del bando (o del capitolato speciale).

Come, infatti, già rilevato da questo Giudice (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 27 agosto 1998, n.568), va negato ogni carattere normativo ai provvedimenti di disciplina della gara in considerazione dell'inconfigurabilità in essi dei requisiti essenziali per la qualificazione di un atto come fonte dell'ordinamento; nel bando di gara difettano, in particolare, sia l'elemento (necessario per definire un atto come normativo) dell'innovatività che quello dell'astrattezza.

La preordinazione del bando alla regolamentazione di una specifica procedura selettiva impedisce, infatti, di riconoscere in quell'atto qualsiasi idoneità ad introdurre definitivamente nell'ordinamento giuridico regole o precetti destinati ad essere applicati ad una serie indefinita di rapporti, di talchè resta esclusa qualsiasi valenza normativa nelle relative prescrizioni dirette a disciplinare, seppur in via generale, uno specifico procedimento amministrativo e, quindi, destinate ad esaurire la loro efficacia con la conclusione di quest'ultimo.

Alle considerazioni che precedono conseguono la qualificazione del capitolato speciale in discussione come un provvedimento formalmente e sostanzialmente amministrativo e l'affermazione della sua soggezione al regime ordinario dell'impugnazione entro il prescritto termine di decadenza, pena la sua inoppugnabilità e la consolidazione dei suoi effetti.

5.8- La negazione della natura normativa del capitolato speciale non vale, tuttavia, di per sé, ad accogliere l'appello, posto che la valutazione compiuta dai primi giudici in merito alla sua disapplicabilità si fonda anche su un ulteriore, e concorrente, argomento.

Sostiene, infatti, il T.A.R. che la previsione nel capitolato speciale di una prescrizione difforme da disposizioni normative inderogabili implica la radicale invalidità della relativa clausola ed impone al giudice amministrativo, anche in difetto di rituale impugnazione del regolamento di gara, di provvedere alla inserzione automatica dei precetti imposti imperativamente dalla legge, con salvezza delle parti residue dell'atto così integrato, in ossequio al regime dettato in materia contrattuale dal combinato disposto degli artt.1339 e 1419 c.c..

Anche tale tesi si appalesa destituita di fondamento in quanto viziata sotto un duplice profilo.

Va, innanzitutto, rilevata l'assoluta inconferenza del riferimento normativo indicato a sostegno dell'ammissibilità (anzi: della doverosità) dell'inserzione automatica nel regolamento di gara delle clausole stabilite imperativamente dalla legge.

Mentre, infatti, l'art.1339 c.c. assolve la funzione precipua di assicurare l'attuazione delle condizioni contrattuali previste in via inderogabile dalla legge, con il meccanismo dell'inserzione automatica delle clausole imperative in sostituzione di quelle difformi convenute dalle parti, e postula, dunque, la conclusione di un accordo negoziale il cui contenuto risulti parzialmente contrastante con quello imposto dal legislatore nonchè sottratto, come tale, all'autonomia privata, i provvedimenti amministrativi relativi alla disciplina di gara si limitano a regolare il procedimento di selezione del contraente e non contengono, come tali, alcuna disposizione precettiva in ordine alla misura dei diritti e degli obblighi nascenti dal contratto che sarà stipulato all'esito della procedura.

Ne consegue che il principio dell'eterointegrazione negoziale, sancito dall'art.1339 c.c., risulta assolutamente inconfigurabile ed inapplicabile alla materia controversa (neanche in via analogica, in considerazione della diversità delle situazioni), per la mancanza, nella lex specialis di gara, di alcuna convenzione il cui contenuto necessiti di essere integrato in quanto difforme da quello prescritto inderogabilmente dal legislatore.

Né vale sostenere, di contro, che il capitolato speciale riveste natura contrattuale e che, quindi, possa procedersi all'applicazione analogica dell'art.1339 c.c., sia in quanto quest'ultima disposizione postula, per la sua attuazione, l'avvenuta stipulazione del contratto (e non anche la predisposizione unilaterale delle condizioni generali) sia, e soprattutto, in quanto, nel caso di specie, nonostante il capitolato contenga ordinariamente la disciplina del rapporto contrattuale, la clausola controversa si risolve chiaramente in una regola di gara, in quanto diretta a prescrivere una modalità di presentazione dell'offerta e la sanzione per la sua eventuale inosservanza.

Nei riguardi del regolamento di gara, in definitiva, non risulta applicabile il principio dell'inserzione automatica di clausole imposte dalla legge, in quanto quest'ultima è giustificata solo dall'esigenza, inconfigurabile nella fase procedimentale di scelta del contraente della pubblica amministrazione, di prevedere un meccanismo che garantisca l'applicazione ai contratti già stipulati delle norme inderogabili che impongono il contenuto delle obbligazioni e dei diritti nascenti dall'accordo e la contestuale conservazione della validità e dell'efficacia di quest'ultimo.

In aggiunta a tale decisivo ordine di considerazioni, osserva, inoltre, il Collegio che il ragionamento del Tribunale meneghino risulta inficiato da un altro errore.

L'affermazione dell'applicabilità dell'istituto civilistico sopra richiamato è stata, infatti, sostenuta dal rilievo di un contrasto tra la previsione del capitolato in questione ed una disciplina normativa imperativa e, quindi, dalla riscontrata sottrazione alla discrezionalità amministrativa del potere di definire, sotto il profilo considerato, le regole della procedura in questione.

Pur non affermandolo chiaramente, il T.A.R. fonda, in sostanza, l'iter logico della decisione sul riscontro nell'atto disapplicato di un'invalidità radicale (e cioè di un vizio di nullità), consistita nell'inosservanza di norme di azione dettate con forza imperativa.

Sennonché, nel diritto amministrativo il vizio generato dall'inosservanza di una disposizione normativa diretta a regolare l'azione della pubblica amministrazione consiste nella sola illegittimità per violazione di legge che implica, al pari del vizio di annullabilità dei negozi giuridici, l'efficacia dell'atto fino al suo annullamento da parte del giudice amministrativo o della stessa amministrazione (in sede giustiziale o di autotutela).

La distinzione tra norme derogabili e imperative, rilevante nel diritto privato al fine di accertare la validità del negozio giuridico, non trova, viceversa, giustificazione a quel fine nel diritto amministrativo, se non, sotto diversa catalogazione contettuale, per discernere le disposizioni di legge che regolano la condotta dell'Amministrazione in modo da lasciarle un margine di scelta discrezionale nell'esercizio concreto del potere da quelle che la vincolano in modo così puntuale da non consentirle alcuna ulteriore valutazione.

Anche l'inosservanza di queste ultime, tuttavia, implica l'illegittimità dell'atto per violazione di legge e, quindi, la sua annullabilità, senza che possa in alcun modo configurarsi una più grave ipotesi di invalidità (paragonabile alla nullità) che impedisca al provvedimento di produrre i suoi effetti tipici (se non nel diverso caso dell'atto adottato in carenza di potere) e che autorizzi il giudice amministrativo a disapplicarlo.

La violazione di una norma che regola l'azione dell'Amministrazione in modo da escludere qualsiasi scelta discrezionale nell'esercizio del relativo potere comporta, in definitiva, l'onere in capo al soggetto leso dal provvedimento così viziato di impugnarlo entro il termine perentorio al fine di farne accertare l'illegittimità e di ottenerne l'annullamento, non essendovi alcuna possibilità per il giudice amministrativo di sancirne l'inefficacia, prescindendo dalla sua rituale contestazione in giudizio.

6.- Quand'anche, tuttavia, si intendesse riconoscere nella pronuncia appellata anche l'accertamento del vizio di violazione di disposizioni di derivazione comunitaria, quali la surrettizia introduzione, in contrasto con l'art.25 D. Lgs. n.157/95, di un meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale, o di

principi propri del diritto comunitario, quali la tutela della concorrenza, si perverrebbe, comunque, alle medesime conclusioni reietive.

Va, infatti, rilevato, ad abundantiam rispetto alle dirimenti considerazioni appena svolte, che la più complessa questione della disapplicabilità di atti amministrativi nazionali contrastanti con il diritto comunitario (al quale può equipararsi quello interno di derivazione comunitaria) va risolta, in ogni caso, in senso negativo (e cioè negando, come per il caso di violazione di norme dell'ordinamento interno, il relativo potere del giudice amministrativo).

6.1- Va preliminarmente chiarito che l'indagine appresso svolta risulta circoscritta all'ipotesi, esclusivamente rilevante ai fini della decisione, della disapplicabilità dell'atto amministrativo adottato in violazione di una disposizione di diritto interno di derivazione comunitaria, con esclusione, quindi, della disamina della diversa questione del regime del provvedimento adottato in conformità ad una legge nazionale incompatibile con la fonte comunitaria.

6.2- La soluzione del problema appena illustrato postula la preliminare definizione della natura dell'invalidità (decisiva per i suoi riflessi processuali) dalla quale risulta affetto l'atto amministrativo anticomunitario, con l'avvertenza che la violazione di una disposizione nazionale di derivazione comunitaria equivale, ai fini che qui interessano, all'inosservanza di norme comunitarie direttamente applicabili nell'ordinamento interno.

Non può, anzitutto, dubitarsi che la disposizione comunitaria violata si ponga, soprattutto nel caso in cui risulti tradotta in una norma nazionale, come diretto parametro di legalità dell'atto amministrativo, anche tenuto conto del rapporto di integrazione tra i due ordinamenti (per come definito dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee), da giudicarsi preferibile rispetto a quello della loro separatezza ed autonomia (per come descritto dalla Corte Costituzionale).

Appare, allora, agevole rilevare che la violazione della disposizione comunitaria implica un vizio di illegittimità-annullabilità dell'atto interno contrastante con il relativo paradigma di validità e che la diversa forma patologica della nullità (o dell'inesistenza) risulta configurabile nella sola ipotesi in cui il provvedimento nazionale è stato adottato sulla base di una norma interna (attributiva del potere nel cui

esercizio è stato adottato l'atto) incompatibile (e, quindi, disapplicabile) con il diritto comunitario.

Al di fuori del caso da ultimo descritto, quindi, l'inosservanza di una disposizione comunitaria direttamente applicabile comporta, alla stregua degli ordinari canoni di valutazione della patologia dell'atto amministrativo, l'annullabilità del provvedimento viziato nonché, sul piano processuale, l'onere della sua impugnazione dinanzi al Giudice Amministrativo entro il prescritto termine di decadenza, pena la sua inoppugnabilità.

Tale conclusione risulta, peraltro, avvalorata e confermata dalla previsione contenuta nel disegno di legge recante modifiche e integrazioni della L. 7 agosto 1990, n.241, approvato dal Consiglio dei Ministri il 7 marzo 2002, che, all'art.13 sexies, qualifica espressamente come annullabile il provvedimento viziato da violazione di disposizioni di fonte comunitaria.

6.3- Accertato così che il provvedimento contrastante con il diritto comunitario soggiace al regime sostanziale e processuale dell'atto illegittimo-annullabile, occorre verificare se la disciplina processuale interna, che impedisce il sindacato incidentale ed ufficioso dell'atto inoppugnato o tardivamente impugnato (con l'eccezione degli atti di normazione secondaria) e, quindi, la sua disapplicazione, sia compatibile con il principio della primauté del diritto comunitario e con il suo carattere vincolante per i giudici, oltre che per i legislatori e le amministrazioni, degli Stati membri.

6.4- Si è, al riguardo, sostenuto, in dottrina ed in giurisprudenza (T.A.R. Lombardia, Sez. III, ord.za 8 agosto 2000, n.234) che, anche prescindendo dalla definizione dogmatica del regime di invalidità dell'atto contrastante con la normativa europea e dalla distinzione delle posizioni soggettive (nonché delle relative forme di tutela processuale) in diritti soggettivi ed interessi legittimi, propria dell'ordinamento italiano e sconosciuta al diritto comunitario, la preminente esigenza di garantire l'attuazione di quest'ultimo e di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale di situazioni soggettive di matrice comunitaria debba essere soddisfatta riconoscendo al Giudice Amministrativo il potere di sindacare d'ufficio la legittimità dell'atto nazionale difforme dal diritto europeo e di sancire l'applicazione di quest'ultimo mediante la rimozione dei provvedimenti che la ostacolano (con un meccanismo doverosamente analogo, cioè, alla disapplicazione degli atti normativi nazionali incompatibili con l'ordinamento europeo).

6.5- Tale tesi, ancorchè la Corte di Giustizia non si sia ancora pronunciata sulla questione pregiudiziale rimessa dal Tribunale lombardo con l'ordinanza citata, sembrerebbe essere già stata avallata con diverse pronunce dalla giurisprudenza comunitaria (Corte di Giustizia, 14 dicembre 1995, causa C-312/93, 14 dicembre 1995, cause riunite C-430/932 e C-431/93, 29 aprile 1999, causa C-224/97).

L'orientamento della Corte di Lussemburgo sulla questione in esame va, tuttavia, precisato nei termini che seguono.

Pur riconoscendo che i giudici nazionali hanno l'obbligo di assicurare la tutela giurisdizionale delle posizioni soggettive fondate su norme di diritto comunitario direttamente applicabili, la Corte europea ha, per altro verso, chiarito che, in mancanza (come nella fattispecie considerata) di una puntuale disciplina processuale comunitaria nella materia controversa, compete all'ordinamento degli Stati membri la regolamentazione delle modalità procedurali relative alla proposizione ed alla definizione dei ricorsi giurisdizionali contro atti amministrativi nazionali asseritamente lesivi di posizioni di matrice comunitaria (Corte di Giustizia, 14 dicembre 1995, causa C-312/93).

La Corte ha, inoltre, ulteriormente precisato che l'esercizio della potestà normativa in materia di disciplina delle forme di tutela giurisdizionale di posizioni soggettive costituite dal diritto comunitario deve ritenersi limitato dal rispetto degli inderogabili principi di equivalenza e di effettività (Corte di Giustizia, 15 settembre 1998, causa C-231/96).

Tali principi generali, da valersi quali paradigmi di legittimità della normazione nazionale in materia processuale amministrativa, implicano, in particolare, la necessità che le modalità procedurali intese a "...garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario non possano essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna, né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario" (cfr. conclusioni dell'***** presentate il 7 febbraio 2002 nella causa C-327/00).

In coerenza con tali parametri valutativi, la Corte di Giustizia ha affermato, in alcuni specifici casi, l'ammissibilità del potere del giudice nazionale di conoscere d'ufficio la legittimità di un atto

amministrativo irrivalentemente censurato per violazione del diritto comunitario, ma solo nelle ipotesi in cui sono state rinvenute negli ordinamenti processuali nazionali disposizioni procedurali che, in contrasto con i principi prima enunciati, precludevano una tutela effettiva delle posizioni soggettive costituite dal diritto comunitario, impedendo, di conseguenza, al giudice nazionale di assicurarne l'applicazione.

***** dall'affermare in via generale il potere di sindacare d'ufficio, prescindendo dalle regole processuali degli ordinamenti interni, la legittimità degli atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario e di disapplicarli, la Corte di Lussemburgo si è limitata, in definitiva, ad accertare, in alcune peculiari fattispecie, l'inapplicabilità di norme procedurali interne, preclusive della cognizione di vizi ascrivibili all'illegittimità comunitaria, concretamente contrastanti con i ricordati principi di equivalenza e di effettività.

La Corte ha, inoltre, ulteriormente chiarito che la previsione di un termine di decadenza per l'attivazione della tutela giurisdizionale non è, di per sé, censurabile (Corte di Giustizia, 14 dicembre 1995, causa C-312/93) e che la verifica della compatibilità comunitaria di una norma processuale che imponga l'impugnazione di un provvedimento entro un termine perentorio, con conseguente effetto preclusivo dell'applicazione del diritto europeo alla fattispecie dedotta in giudizio, va compiuta, oltre che alla stregua dei suddetti principi, tenendo conto del complessivo sistema di tutela giurisdizionale nella quale è inserita e, in particolare, dei principi che lo fondano (quali ad es. la tutela dei diritti della difesa e l'esigenza di garantire la certezza del diritto).

6.6- Così definiti i criteri di giudizio in applicazione dei quali va valutata la compatibilità comunitaria delle disposizioni del sistema processuale amministrativo italiano, per come interpretate dalla giurisprudenza del suo supremo organo, che impediscono la disapplicazione del bando tardivamente impugnato (quando sussisteva l'onere di insorgere immediatamente contro di esso), si deve rilevare che il regime di tutela appena descritto si rivela del tutto conforme ai principi di equivalenza e di effettività, nel significato assegnato loro dalla stessa Corte di Giustizia.

6.7- In merito al rispetto del principio di equivalenza è sufficiente rilevare che non è dato riscontrare alcun trattamento peggiore riservato dall'ordinamento interno al ricorrente che aziona una posizione soggettiva costituita dal diritto comunitario rispetto a quello che denuncia l'illegittimità dell'atto per contrasto con la legislazione nazionale.

Il termine perentorio prescritto per l'impugnazione del bando di gara, quando risulti immediatamente lesivo, e l'orientamento che impedisce al giudice amministrativo di disapplicarlo, quando non è stato tempestivamente impugnato, si applicano, infatti, indifferentemente sia ai ricorsi nei quali si denuncia la violazione del diritto comunitario sia a quelli nei quali si deduce la contrarietà al diritto interno.

6.8- In ordine al rispetto dell'ulteriore principio dell'effettività, che esige che l'ordinamento processuale interno non renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile la tutela delle posizioni soggettive costituite dal diritto comunitario, si osserva che la previsione del termine perentorio di sessanta giorni per l'impugnazione del bando di gara (o del capitolato speciale, come nel caso in esame), di per sé non censurabile sotto il profilo considerato (come insegnato dalla Corte di Giustizia), non può ritenersi preclusivo o sproporzionatamente limitativo dell'esercizio efficace del diritto di difesa degli interessi derivanti dall'ordinamento comunitario.

Tale conclusione si fonda non solo sul rilievo della oggettiva congruità della durata del termine in questione rispetto all'esigenza di assicurare in maniera seria gli strumenti di tutela giurisdizionale necessari a rimuovere il provvedimento anticomunitario ma anche, e soprattutto, sulla considerazione della limitazione ai soli casi di immediata lesività del bando di gara delle situazioni nelle quali è imposta la sua impugnazione entro il termine di decadenza di sessanta giorni dalla sua emanazione, con conseguente preclusione, nell'ipotesi del mancato assolvimento di detto onere, del sindacato officioso dell'atto inopugnato e della sua disapplicazione (quand'anche violativo del diritto comunitario).

Come sopra rilevato, infatti, la prevalente giurisprudenza amministrativa reputa necessaria l'immediata impugnazione del bando nelle sole ipotesi, quale quella in esame, in cui il regolamento di gara pregiudichi l'interesse partecipativo dell'impresa che aspiri a concorrere alla selezione, impedendole di accedere alla valutazione delle offerte e di concorrere alla competizione.

Tale orientamento, che esclude coerentemente la sussistenza dell'onere di immediata impugnazione del bando in presenza di clausole dubbie o plurivoche, ammette, in sostanza, la necessità dell'istantanea reazione al bando illegittimo solo quando il vizio di quest'ultimo risulti immediatamente e chiaramente percepibile dall'impresa interessata, comportandone, in forza dell'applicazione di un precetto univoco, l'esclusione dalla gara.

Se si riconoscesse, invero, la necessità dell'impugnazione immediata del bando anche in presenza di clausole non immediatamente lesive o non chiaramente avvertibili come tali dai soggetti interessati, sarebbe legittimo dubitare della compatibilità di tale sistema processuale con il principio di effettività della tutela delle posizioni comunitarie (in tale ipotesi verosimilmente pregiudicata)

L'interpretazione offerta dalla giurisprudenza nazionale, con riferimento ai bandi di gara, della regola processuale che impone l'impugnazione, a pena di decadenza, del provvedimento amministrativo nel termine di sessanta giorni dalla sua conoscenza, risulta, viceversa, palesemente conforme alle esigenze di effettività della tutela segnalate dalla Corte europea; comportando il consolidamento degli effetti della *lex specialis* solo quando questa sia stata avvertibile come direttamente pregiudizievole per l'impresa interessata fin dalla sua emanazione, il predetto sistema di tutela, infatti, non solo non può ritenersi idoneo a conculcare eccessivamente gli spazi di difesa riservati al soggetto leso ovvero ad impedire la tempestiva e consapevole attivazione dei rimedi apprestati dall'ordinamento, ma garantisce, anzi, una reazione immediata, e, quindi, maggiormente soddisfattiva ed efficace, contro il regolamento di gara preclusivo della partecipazione dell'impresa interessata.

Risulta, in definitiva, rispettato il principio di effettività quando l'ordinamento processuale nazionale (come quello italiano) pone il soggetto nelle condizioni di comprendere il pregiudizio provocatogli da un atto amministrativo violativo del diritto comunitario ed appresta contestualmente validi strumenti di reazione, agevolmente azionabili (quali la proposizione di un ricorso giurisdizionale entro il termine di sessanta giorni), di guisa che l'omessa attivazione di tali rimedi va addebitata a negligenza della persona (fisica o giuridica) lesa dal provvedimento rimasto inoppugnato e non a disfunzioni o a carenze del sistema di tutela di riferimento.

6.9- Il regime processuale in esame appare, inoltre, coerente con le esigenze di salvaguardia del diverso, ma altrettanto rilevante, interesse alla certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico (già segnalato da Cons. Stato, Sez. VI, 18 giugno 2002, n.3338 quale principio ostativo al riconoscimento del potere di disapplicazione in capo al giudice amministrativo), che verrebbe certamente pregiudicato, con conseguente stravolgimento della natura impugnatoria del giudizio amministrativo, se si ammettesse la disapplicabilità di provvedimenti amministrativi rimasti inoppugnati.

6.10- Anche tenuto conto del necessario rispetto dei principi generali, connaturati al sistema processuale nazionale, della certezza del diritto e della stabilità degli effetti dei provvedimenti amministrativi non tempestivamente impugnati, deve, quindi, concludersi per la compatibilità comunitaria delle regole processuali esaminate e, di conseguenza, per la tardività del ricorso proposto in primo grado dalla Omnia Media, non surrogabile dalla disapplicazione della regola di gara intempestivamente impugnata.

7.- Tale conclusione impone l'esame dell'istanza di rimessione in termini per errore scusabile, espressamente formulata dalla società appellata in via subordinata rispetto alle difese svolte in merito alla tempestività del ricorso originario.

Il beneficio invocato non può essere concesso per l'insussistenza dei suoi presupposti.

Posto, infatti, che l'istituto dell'errore scusabile esige la ricorrenza di una situazione, di fatto o di diritto, di oggettiva incertezza (Cons. Stato, Sez. IV, 20 giugno 1994, n.522) che induca palesemente in errore il soggetto interessato circa l'attualità dell'onere di impugnazione e che non è dato ravvisare, nel caso di specie, il presupposto della difficoltà, complessità od equivocità della fattispecie controversa (anche tenuto conto del significato univoco della clausola del capitolato speciale ritenuta lesiva), esclusivamente idoneo ad ingenerare un affidamento incolpevole circa l'insussistenza del predetto onere, va negata la richiesta rimessione in termini e confermato, quindi, il giudizio di tardività del ricorso in primo grado.

8.- Alle considerazioni che precedono consegue la declaratoria, in accoglimento dell'appello ed in riforma della decisione impugnata, dell'irricevibilità del ricorso in primo grado.

9.- La complessità della questione principalmente trattata giustifica la compensazione per intero tra le parti delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie il ricorso indicato in epigrafe;

dichiara compensate le spese processuali di entrambi i gradi di giudizio;

ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 26 novembre 2002, con l'intervento dei signori:

***** - Presidente

***** - Consigliere

***** - Consigliere

Filoreto D'***** - Consigliere

***** - Consigliere Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE *****

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10 gennaio 2003

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

<https://www.diritto.it/il-formalismo-che-caratterizza-la-disciplina-delle-procedure-per-l-aggiudicazione-dei-contratti-della-pubblica-amministrazione-risponde-da-un-lato-ad-esigenze-pratiche-di-certezza-e-celerita-dall-al/>