

Bando

Clausola del bando a pena di esclusione e regolamento complessivo della gara

CONSIGLIO DI STATO, sez. V, 30 giugno 2003, n. 3866
Pres. Quaranta - Est. Deodato - Sproviere Clara c. ECORED s.r.l.

L'impugnazione entro i limiti decadenziali della clausola del bando di gara va circoscritta alla sola ipotesi, estranea alla fattispecie in esame, della contestazione della legittimità di clausole che precludono la partecipazione dell'impresa istante alla procedura selettiva.

Pur permanendo per l'Amministrazione la portata vincolante delle prescrizioni del bando di gara che impongono adempimenti a pena di esclusione obbligatoria, tuttavia se il precetto si articola in distinte, ma logicamente collegate prescrizioni, l'univocità della clausola che le contiene deve essere valutata in relazione alla chiarezza e alla coerenza delle regole connesse, di modo che sia il regolamento complessivo della gara a rivelare il significato della clausola della cui osservanza si discute.

Il riesame da parte del giudice del gravame delle censure, avanzate in primo grado e dichiarate assorbite per l'accoglimento di altro motivo di ricorso, pur non richiedendo la proposizione di un appello incidentale, è consentito solo ove ci sia la partecipazione della parte interessata a tale giudizio e questa richieda espressamente l'esame di tali censure.

Diritto

1. Come già rilevato in fatto, il TAR ha annullato l'aggiudicazione alla Sproviere della gara indetta dal Comune di San Lucido per l'affidamento del servizio di pulizia, giardinaggio e portierato notturno della Casa di Riposo ex O.N.P.I., per la durata di tre anni, ritenendola viziata, in accoglimento del motivo rubricato sub 3) nel ricorso della Ecored, dall'omessa esclusione dell'impresa risultata vincitrice (giudicata, viceversa, doverosa), per l'inosservanza della clausola del bando che imponeva la prestazione di una cauzione fideiussoria nelle forme, tra l'altro, della fideiussione bancaria avente validità triennale.

L'impresa appellante eccepisce, in via pregiudiziale, l'inammissibilità del ricorso in primo grado per l'omessa, tempestiva impugnazione del bando di gara e contesta, nel merito, la correttezza del giudizio di illegittimità reso dai primi giudici, negando, al riguardo, la sussistenza della violazione delle prescritte modalità di prestazione della cauzione provvisoria.

La società appellata rileva, di contro, l'infondatezza di tali doglianze e difende il convincimento espresso dal TAR in ordine alla ritualità dell'introduzione del giudizio di primo grado ed all'illegittimità dell'aggiudicazione all'odierna ricorrente della gara controversa.

2. Va preliminarmente disartesa l'eccezione di rito formulata dalla ricorrente, con la quale si assume l'inam-

missibilità del ricorso in primo grado per l'omessa impugnazione, nel termine di decadenza, del bando di gara.

Anche prescindendo dal rilievo che l'estrema genericità dell'eccezione, per come formulata nel ricorso, ne impedisce l'esatta comprensione e, quindi, una compiuta analisi, si deve rilevare che la stessa si rivela, comunque, manifestamente infondata sia in quanto l'onere di immediata impugnazione del bando va circoscritto alla sola ipotesi, estranea alla fattispecie in esame, della contestazione della legittimità di clausole che precludono la partecipazione dell'impresa istante alla procedura selettiva (Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35) sia perché, a ben vedere, l'originaria ricorrente non contesta, per quanto qui rileva, la correttezza della *lex specialis*, ma la sua interpretazione ed attuazione da parte della Commissione, lamentando, anzi, l'erroneità dell'omessa applicazione della sanzione dell'esclusione prevista proprio nel regolamento di gara, sicché, sotto entrambi i profili appena esaminati, risulta inconfigurabile qualsiasi onere di impugnazione del bando a carico dell'originaria ricorrente.

3. Nel merito, le parti controvertono della legittimità dell'ammissione alla gara dell'impresa aggiudicataria, sotto il peculiare profilo dell'osservanza da parte di quest'ultima della clausola del bando che imponeva, a pena d'esclusione, la prestazione, quale cauzione provvisoria, di una fideiussione bancaria avente validità triennale, ri-

sultando pacifico che la garanzia presentata dall'odierna ricorrente difetta di tale requisito di durata.

La definizione della questione appena illustrata postula, evidentemente, la soluzione dei presupposti problemi dell'interpretazione della prescrizione asseritamente inosservata, della sua portata precettiva e delle conseguenze della sua eventuale violazione.

3.1 Il Tribunale calabrese afferma, al riguardo, che la formulazione letterale univoca della clausola pertinente alla durata della fideiussione e di quella relativa alla sanzione dell'esclusione per l'inosservanza della prima impedivano all'amministrazione ogni valutazione discrezionale circa la rilevanza e le conseguenze della violazione in questione e le imponevano la rigida applicazione delle regole ricordate.

3.2 Il Collegio non ignora, ed, anzi, condivide, il consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2002, n. 6300) secondo il quale la portata vincolante delle prescrizioni contenute nel regolamento di gara esige che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura, con la conseguenza che, qualora sia comminata espressamente l'esclusione obbligatoria in conseguenza della violazione di talune univoche prescrizioni, l'amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a tale previsione (Cons. Stato, sez. V, 10 marzo 1999, n. 228), 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 né alcuna possibilità di interpretazione della portata sostanziale delle clausole inosservate e 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*; reputa, tuttavia, che l'applicazione di tali principi postuli il carattere chiaro della regola controversa e che la sua univocità debba essere valutata con riferimento al sistema delle clausole connesse dirette a disciplinare l'adempimento considerato e non con esclusivo ed astratto riguardo alla singola previsione.

Quando, infatti, la categoria del precetto si articola in distinte, ma logicamente collegare, prescrizioni, l'univocità della singola clausola va valutata in relazione alla coerenza ed alla chiarezza del sistema complessivo delle regole connesse, di guisa che la relativa indagine si estenda a tutte le parti del regolamento di gara idonee a rivelare il carattere palese od equivoco della disposizione della cui osservanza si discute.

Ove, infatti, la singola clausola fosse, in sé, univocamente formulata, ma risultasse confliggente con altra prescrizione connessa o incoerente con la funzione dell'obbligo al cui assolvimento il complesso delle regole di riferimento risulta chiaramente preordinato, le preclusioni, nell'esegesi e nell'attuazione delle regole di gara, affermate dall'orientamento ricordato dovrebbero recedere in favore dell'opera dell'interprete del bando cui

compete assegnare alla prescrizione in questione, in attuazione dei criteri ermeneutici dettati dagli artt. 1362 e seguenti del codice civile, un significato compatibile con l'assetto delle regole di gara relative al medesimo adempimento e coerente con lo scopo da quelle perseguito.

3.3 Così chiarito che nel caso di clausole del bando tra loro antinomiche o incoerenti spetta, prima all'amministrazione e poi, eventualmente, al Giudice, operare una lettura del sistema di regole di riferimento che restituisca allo stesso razionalità ed utilità, si deve rilevare che, nel caso di specie, la clausola che impone, a pena d'esclusione, (cfr. il combinato disposto degli artt. 3 lett. c, 5 punto 7 del bando e 6 del capitolato d'oneri) la prestazione, a titolo di cauzione provvisoria (pari al 2% dell'importo complessivo), di una fideiussione bancaria od assicurativa avente validità triennale si rivela insanabilmente contrastante ed incompatibile con la prescrizione (cfr. art. 6 c. 4 del capitolato) che, disciplinando la cauzione definitiva, impone all'impresa selezionata di versare (o garantire) un importo pari al 10% del canone d'appalto, a garanzia della regolare esecuzione degli obblighi nascenti dal contratto.

Se si considera, in proposito, che la cauzione provvisoria assolve la precipua ed esclusiva funzione di garantire all'amministrazione aggiudicatrice il risarcimento dei danni cagionati dall'eventuale rifiuto dell'impresa aggiudicataria di stipulare il contratto e che, in occasione della conclusione di quest'ultimo, quel tipo di garanzia viene sostituita da quella definitiva (di importo ben maggiore), invece preordinata ad assicurare la stazione appaltante per il pregiudizio patito in conseguenza dell'eventuale violazione degli obblighi contrattuali, risulta agevole concludere che la prescrizione relativa ad una durata dell'impegno fideiussorio richiesto a titolo di cauzione provvisoria pari al termine dell'instaurando rapporto contrattuale si rivela non solo illogica e contraria alle finalità di quel tipo di garanzia (il che non consentirebbe, di per sé, di operarne una diversa interpretazione od una disapplicazione), ma contrastante con la connessa previsione che impone all'aggiudicatario di garantire, con il diverso strumento della cauzione definitiva, la regolare esecuzione del contratto (ciò che, invece, autorizza ed impone l'intervento correttivo dell'interprete).

In un complesso di regole che, in coerenza con la normativa primaria di riferimento, contempla espressamente la sostituzione della cauzione provvisoria con quella definitiva al momento della stipula del contratto e che assegna solo a quest'ultima la funzione di coprire i rischi connessi all'inadempimento delle obbligazioni contrattuali, la clausola che impone una coincidenza temporale tra la garanzia richiesta a tutti i partecipanti alla gara (all'esclusivo fine di coprire il rischio del colpevole rifiuto di stipula del contratto) e la durata del rapporto contrattuale risulta, in effetti, del tutto incoerente con il sistema delle garanzie delineato dal bando

e dal capitolato, risolvendosi in una illogica estensione dell'onere provvisorio ad un periodo temporale con riferimento al quale non appare immaginabile la verifica del rischio coperto da quel peculiare tipo di garanzia.

A fronte di un'espressa previsione, nella disciplina di gara, del diverso strumento di cautela (cauzione definitiva) tipicamente finalizzato a tutelare l'amministrazione dalle conseguenze dannose del genere di illecito (inadempimento contrattuale) proprio della fase del rapporto cui appare principalmente riferita (sotto un profilo temporale) la fideiussione in questione, l'imposizione della durata triennale di quest'ultimo impegno si rivela, in definitiva, priva di qualsiasi giustificazione e di concreta efficacia e, quindi, destinata a recedere, come appreso chiarito, in favore della clausola con la quale risulta confliggente.

3.4 Nella descritta situazione di incoerenza ed illogicità del regime delle cauzioni rinvenibile dall'esame del bando di gara e del capitolato d'onori, occorre, quindi, per restituire chiarezza, razionalità ed efficacia alle clausole esaminate, procedere, in base ad un'interpretazione adeguata della prescrizione relativa alla cauzione provvisoria, ad una sua lettura che intenda l'indicazione della

durata triennale della garanzia come significativa del solo parametro temporale di determinazione dell'importo garantito e che escluda, comunque, qualsiasi riferimento di quell'espressione allo spazio temporale di operatività della fideiussione bancaria (da intendersi come limitato al solo periodo di tempo occorrente per la definizione della procedura e la stipula del contratto).

3.5 Va, quindi, esclusa la sussistenza dell'unico vizio riscontrato dal TAR ed assunto a sostegno del giudizio di illegittimità dell'aggiudicazione dell'appalto all'odierna ricorrente.

4. Preso atto, in conclusione, che la Ecored ha omissis di riproporre in appello, per quanto è dato evincere dall'esame degli scritti difensivi di questo grado, le censure del ricorso originario, non esaminate dai primi giudici in quanto assorbite dall'accoglimento del terzo motivo, e che l'inosservanza di tale onere processuale preclude l'esame delle relative questioni, va accolto l'appello della Sproviere, con conseguente reiezione, in riforma della decisione impugnata, del ricorso proposto in primo grado.

5. Le difficoltà interpretative sottese alla questione controversa giustificano la compensazione tra le parti delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

IL COMMENTO

di Mauro Giovannelli

Con la decisione che si annota la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha sostanzialmente affrontato e risolto tre questioni, ognuna delle quali nota al dibattito giurisprudenziale e, almeno per quanto riguarda le prime due, oggetto anche di più recenti indirizzi giurisprudenziali.

Si è trattato nell'ordine: a) dei limiti dell'impugnazione immediata, a pena di ammissibilità del ricorso, delle clausole del bando di gara e della lettera di invito; b) del rilievo da dare, in termini di assolutezza o meno, alle clausole del bando che impongono una determinata prestazione ai partecipanti a pena di esclusione; c) della necessaria riproposizione in appello per il loro riesame delle censure del ricorso originario non esaminate dai giudici di primo grado in quanto dichiarate assorbite dall'accoglimento di altro motivo di ricorso.

Come si legge nella decisione più sopra riprodotta, la vicenda esaminata dalla Sezione ha tratto origine da un appalto del servizio di pulizia e di altre attività connesse, aggiudicato da parte di un Comune a favore di una delle imprese partecipanti, nonostante questa non avesse prestato per la durata prevista dal bando a pena di esclusione la cauzione provvisoria nelle forme della garanzia bancaria avente validità triennale.

Il TAR di primo grado (TAR Calabria-Catanzaro)

aveva annullato l'aggiudicazione. Il Consiglio di Stato, invece, con la decisione in esame, dopo l'accoglimento della tutela cautelare richiesta, ha accolto l'appello e confermato, quindi, il provvedimento dell'autorità comunale.

L'impugnazione immediata delle clausole del bando

Il primo problema su cui la Sezione Quinta si è pronunciata ha riguardato - come detto - la questione processuale di carattere pregiudiziale derivata dall'eccezione di inammissibilità del ricorso in primo grado, riproposta dall'appellante, per non avere la ricorrente impugnato, nel termine decadenziale, la clausola del bando che imponeva tra i requisiti di partecipazione alla gara e a pena di esclusione la prestazione di una cauzione provvisoria della durata triennale.

La decisione ha dichiarato manifestamente infondata l'eccezione, sia perché l'onere di immediata impugnazione «va circoscritto alla sola ipotesi, estranea alla fattispecie in esame, della contestazione della legittimità di clausole che precludono la partecipazione dell'impresa istante alla procedura selettiva», sia perché l'originaria ricorrente non contestava la correttezza della clausola del bando, ma la sua interpretazione da parte della

Commissione Comunale (1), lamentando anzi che essa non avesse escluso la vincitrice proprio in applicazione del regolamento comunale.

Il problema dell'impugnazione immediata dei bandi di gara (2) è stato a più riprese affrontato dal Consiglio di Stato e, in maniera ampia e approfondita, da ultimo dall'Adunanza Plenaria che, con decisione 20 gennaio 2003 n. 1 (3), ha espresso un indirizzo, allo stato, definitivo e a nostro avviso condivisibile, semmai non affrontando adeguatamente (ma si tratta di diversa questione) il problema della disapplicazione (4).

A tale indirizzo, la decisione in esame, al di là della particolarità della fattispecie, formalmente aderisce.

Certo è che la Sezione non ripercorre il lungo tragitto, che essa stessa aveva intrapreso con l'ordinanza n. 2406 del 6 maggio 2002 (5), quando la questione circa il tempo della impugnabilità delle clausole del bando o della lettera di invito era stata rimessa all'Adunanza Plenaria, né tanto meno le penetranti valutazioni espresse nella sentenza n. 1 del 2003, per aderire alla tesi tradizionale, a favore della quale la stessa Quinta Sezione si era espressa, volta appunto a limitare l'impugnazione immediata del bando di gara alle sole clausole riguardanti i requisiti soggettivi di partecipazione alla procedura selettiva. Né ce ne era bisogno, anche sull'ulteriore considerazione che l'eccezione si rivelava palesemente infondata, perché la ricorrente in primo grado aveva contestato non tanto la correttezza della clausola del bando, quanto piuttosto la sua interpretazione ed applicazione da parte della Commissione di gara, che non aveva irrogato - secondo l'assunto erroneamente - la sanzione dell'esclusione che sarebbe stata prevista dal regolamento di gara.

L'orientamento adesivo alla giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria ci induce a sottolinearne la sostanziale condivisione da parte di chi scrive per la profondità e la compiutezza dell'analisi svolta.

L'Adunanza Plenaria, infatti, riconduce il problema al tema della eventuale lesività degli atti amministrativi a carattere generale, destinati alla cura concreta degli interessi pubblici, prima dell'adozione degli atti applicativi e la loro immediata impugnabilità viene riportata nel sistema della teoria generale del processo, cioè all'esistenza o meno delle condizioni dell'azione date dalla legittimazione e dall'interesse ad agire.

Solo in presenza, quindi, di un interesse sostanziale del ricorrente che abbia subito un pregiudizio concreto e attuale dal provvedimento amministrativo e alla possibilità dello stesso ricorrente di ricevere effettivamente la tutela domandata dall'accoglimento del ricorso, viene ritenuta legittima ed anzi necessaria l'immediata proposizione dell'azione giudiziaria.

Su questi presupposti era stato ripetutamente affermato che i bandi di gara e le lettere di invito vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, in quanto sono questi che identifi-

cano il soggetto leso e rendono concreta ed attuale la lesione della situazione soggettiva dell'interessato (6).

Ma a tale principio generale, va fatta eccezione allorché i bandi contengano clausole impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione, «con la conseguenza» - come l'Adunanza richiamata afferma - «che la partecipazione alla gara e la presentazione della domanda non costituiscono acquiescenza e non impediscono di conseguenza la proposizione di un eventuale gravame (sez. VI, 6 ottobre 1999 n. 1326)» (7).

Notes:

(1) Sui criteri che la p.a. deve seguire nell'interpretare le prescrizioni di gara poste a pena di esclusione, si veda il commento di A. Crisafulli a Cons. Stato, sez. IV, 12 febbraio 1997, n. 105, in questa *Rivista*, 1997, 1028; si veda altresì quanto riferito, *infra*, alla nota n. 15.

(2) Sul tema dell'impugnazione delle clausole del bando di gara v. P. Piza, *Impugnazione immediata del bando, clausole immediatamente lesive ed invresse a ricorrere: una scelta giurisdizionale incerta*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2002, 743; F. Marinelli - M. Santini, *La lesività immediata delle clausole contenute nei bandi di gara: nuove ipotesi di vaglio del giudice amministrativo*, in questa *Rivista*, 2000, 1225; R. Villata, «*Novità*» in tema di impugnative delle gare contrattuali dell'amministrazione, in *Dir. Proc. Amm.*, 1999, 912.

(3) In questa *Rivista*, 2003, 547, con nota di F. Martinelli.

(4) Tra le questioni deferite all'esame dell'Adunanza Plenaria con ordinanza della V Sezione, 6 maggio 2002, n. 2406, rientrava anche quella - assai controversa - relativa alla disapplicabilità dei bandi di gara contrastanti con il diritto comunitario.

La Corte, tuttavia, non ritenendo tale questione rilevante ai fini della definizione della controversia, si è astenuta dal pronunciarsi su di essa.

Sul tema è, da ultimo, intervenuta una rilevante pronuncia della Corte giust. CE, sez. VI, 27 febbraio 2003, C-327/00, in questa *Rivista*, 2003, 649, con nota di M. Giovannelli.

(5) In *Foro Amm. CdS*, 2002, 1226. Nell'ambito di tale ordinanza si dava, infatti, atto dell'esistenza di una molteplicità, assai articolata, di indirizzi giurisprudenziali in tema di impugnabilità dei bandi di gara: a) tesi tradizionale, secondo cui l'impugnazione immediata del bando è limitata alle sole clausole riguardanti i requisiti soggettivi di partecipazione alla procedura selettiva; b) tesi secondo cui l'impugnazione del bando è sempre rinviata al momento dell'emanazione dell'atto applicativo; c) tesi della disapplicabilità della norme del bando contrastanti con norme inderogabili, quantomeno nell'ipotesi in cui queste ultime siano di fonte comunitaria; d) tesi della necessaria immediata impugnazione di tutte le clausole del bando, in quanto costituenti *lex specialis* della procedura concorsuale; e) tesi che circoscrive l'onere di impugnazione alle sole clausole vincolanti per l'amministrazione o per i concorrenti; f) tesi che estende l'onere di impugnazione alle prescrizioni del bando che definiscono gli oneri formali ed oggettivi di partecipazione, come le modalità di presentazione dell'offerta; g) tesi che estende l'onere di impugnazione immediata alle prescrizioni del bando che condizionano, anche indirettamente, la formulazione dell'offerta economica (quali quelle riguardanti il metodo di gara e la valutazione dell'anomalia dell'offerta); h) una posizione che estende l'onere di impugnazione alle norme riguardanti la composizione ed il funzionamento del seggio di gara, in quanto incidenti sull'autonomo interesse del concorrente.

(6) In tal senso v. Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 1998, n. 591, in *Cons. Stato*, 1998, 1293; Cons. Stato, sez. IV, 8 settembre 1997, n. 974, in *Cons. Stato*, 1997, 1192; Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 1997, n. 873, in *Foro Amm.*, 1997, 1988; Cons. Stato, sez. VI, 18 ottobre 1993, n. 735, in *Foro Amm.*, 1993, 2122.

(7) Si tratta di deroga pacificamente ammessa dalla giurisprudenza, v., *ex pluribus*, Cons. Stato, sez. IV, 21 aprile 1994, n. 348, in *Cons. Stato*, 1994, 550; Cons. Stato, sez. V, 11 novembre 1994, n. 1270, in *Foro Amm.*, 1994, 2790; Cons. Stato, sez. V, 19 settembre 1995, n. 1319, in *Cons. Stato*, 1995, 1229; Cons. Stato, sez. V, 14 luglio 1997, n. 821, in

(segue)

In questa ipotesi, infatti, le clausole del bando o della lettera di invito, che precludono la partecipazione dell'interessato alla procedura concorsuale, realizzano una lesione immediata e diretta della situazione soggettiva dello stesso e concretizzano un interesse immediato all'impugnazione in quanto tale interesse sorge con il momento della lesione, cosicché l'onere dell'impugnazione immediata degli atti preliminari costituenti la *lex specialis* della gara è ipotizzabile soltanto quando questa contenga prescrizioni dirette a precludere la stessa partecipazione dell'interessato alla procedura concorsuale (8).

E ciò viene affermato sull'ulteriore, decisiva, considerazione che le clausole del bando che prescrivono requisiti soggettivi di partecipazione non solo manifestano la loro immediata attitudine alla lesione, ma si riferiscono a situazioni e qualità del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara esattamente e storicamente identificate che preesistono alla gara stessa e non sono condizionate dal suo svolgimento, nel senso che sono totalmente indipendenti dalle vicende successive della procedura e dai relativi adempimenti (9).

L'Adunanza Plenaria accede, in definitiva, ad una tesi notevolmente restrittiva dell'onere dell'immediata impugnazione delle clausole del bando e della lettera di invito, limitando appunto l'impugnazione prima dell'atto applicativo al solo caso ove l'efficacia lesiva appare certa (10) ed è condivisibile anche per la sua sintonia con i principi desumibili dall'art. 24 della Costituzione, perché non aggrava, oltre il limite del ragionevole, dato dall'evidente, immediata lesione, l'accesso alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi soggettivi (11).

Le clausole del bando che impongono una determinata prestazione ai partecipanti a pena di esclusione

La seconda questione affrontata dalla decisione in commento è sicuramente più interessante e la soluzione adottata si presenta più innovativa rispetto allo stato corrente della giurisprudenza, soprattutto per l'approfondimento sistematico della particolare prescrizione del bando di gara che richiedeva, a pena di esclusione, la prestazione da parte dei partecipanti, quale cauzione provvisoria, di una fideiussione bancaria avente validità triennale.

In fondo il Tribunale di primo grado, di fronte alla constatazione che uno dei concorrenti all'aggiudicazione del servizio messo in gara non aveva prestato la cauzione provvisoria per la durata di un triennio e che la durata per tale periodo della fideiussione richiesta era prevista a pena di esclusione dal bando di gara, aveva ritenuto che all'Amministrazione difettesse ogni valutazione discrezionale circa la rilevanza e le conseguenze della violazione in questione e così aveva annullato gli esiti della gara, censurando il Comune perché non aveva applicato rigidamente la *lex specialis*.

La sentenza dei primi giudici si era posta così nel ci-

clo della tradizionale giurisprudenza amministrativa, che aveva sancito l'obbligo della Pubblica Amministrazione di osservare le prescrizioni del bando e della lettera di invito, addirittura anche se queste si rivelassero viziate, attesa la natura di *lex specialis* di tali prescrizioni e la vincolatività di tale norma per la stessa Amministrazione, che l'aveva posta, fino a quando non fosse stata eventualmente rimossa sia pure per un atto di autotutela o, comunque, per pronuncia giudiziale che ne attestasse la illegittimità (12).

Quindi un vincolo assoluto di osservanza.

A tale orientamento la medesima Sezione Quinta aveva, del resto, aderito anche di recente (decisione n. 918 del 19 febbraio 2003) (13), riaffermando appunto «la portata vincolante delle prescrizioni contenute nel regolamento di gara», che «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 di-

Note:

(segue nota 7)

Cons. Stato, 1997, 1041; Cons. Stato, sez. VI, 3 novembre 1998, n. 1516, in Cons. Stato, 1998, 1801; nonché da ultimo Cons. Stato, sez. V, 20 giugno 2001, n. 3264, in Riv. Giur. Edil., 2001, I, 987; Cons. Stato, sez. IV, 27 marzo 2002, n. 1747, in Foro Amm. Cds, 2002, 662.

(8) Così sono state ritenute illegittime le prescrizioni del bando di gara per forniture che contengano l'esatta specificazione del modello e del marchio del bene richiesto o che, comunque, contengano clausole atte ad orientare l'acquisto verso un predeterminato fornitore e prodotto (T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 13 dicembre 1997, n. 2108 in Giust. Amm. Sic., 1998, 157).

(9) Cfr. Ad. Plen., 20 gennaio 2003, n. 1, cit., secondo cui, relativamente alle clausole concernenti i requisiti soggettivi dei partecipanti alla gara, «non è la procedura concorsuale ed il suo svolgimento a determinare l'effetto lesivo (come avviene nel corso della valutazione dell'anomalia dell'offerta), ma direttamente il bando, che prende in considerazione una situazione storicamente ad esso preesistente e totalmente definita».

(10) Risultano, in tal modo, recepite le indicazioni di quella dottrina che aveva criticato l'indirizzo giurisprudenziale volto a dilatare l'onere di immediata impugnazione dei bandi di gara, rilevando come nelle fattispecie relative a clausole «non escludenti» (per la cui elencazione si rinvia alla nota n. 5) la lesione, da potenziale potesse divenire attuale solo nell'ipotesi di mancata aggiudicazione, mentre antecedentemente a ciò l'esito sfavorevole della gara, per quanto ritenuto probabile, non è certo, cfr. in tal senso R. Villata, «Novità» in tema di impugnazione delle gare contrattuali dell'amministrazione, in Dir. Proc. Amm., 1999, 912.

(11) Sul principio di effettività della tutela giurisdizionale espresso dall'art. 24 Cost. e sulle sue ripercussioni nell'ambito del processo amministrativo si veda A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2000, 94 ss. La rigorosa interpretazione, proposta dalla sentenza in commento, appare altresì funzionale a tutelare i principi della *par condicio* tra i partecipanti e della massima partecipazione delle imprese aspiranti all'aggiudicazione (cfr. A. Tabarini, *Il bando di gara*, in Riv. Trim. App., 1991, 2, 514).

(12) Sul carattere autovincolante del bando per la p.a. vedi Cons. Stato, sez. VI, 18 dicembre 1999, n. 2095, in Riv. Giur. Edil., 2000, I, 300; Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 1997, n. 134, in Foro Amm., 1997, 453; T.A.R. Lombardia, Brescia, 24 aprile 1996, n. 496, in TAR, 1996, I, 2456.

(13) Reperibile sul sito: www.giustizia-amministrativa.it.

disciplina del procedimento (che non può, pertanto, essere in alcun modo disattesa) e che, quindi, qualora il bando commini espressamente l'esclusione obbligatoria in conseguenza di determinate violazioni, la p.a. è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a tale previsione, senza alcuna possibilità di valutazione 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 l'Amministrazione si è, invero, autovincolata al momento dell'adozione del bando».

Si è fatto riferimento ad una giurisprudenza formale che pone l'accento - come si è detto - sul carattere assoluto della *lex specialis* e sulla garanzia, che la stessa asseconderebbe, di *par condicio* dei partecipanti e di tutela dell'interesse pubblico al rigore e all'imparzialità.

Ma a ben vedere, tale giurisprudenza formale, se applicata incondizionatamente, senza eccezioni e senza valutazione del contesto in cui la clausola si inserisce, della sua *ratio* e dell'interesse sostanziale al cui presidio essa è posta, può anche rivelarsi espressione del principio *summum ius summa iniuria*.

Per questo è non solo condivisibile, ma soprattutto apprezzabile, lo sforzo di superamento del dato formale compiuto dalla decisione in commento, che appunto la colloca nell'ambito di quella giurisprudenza pretoria a contenuto evolutivo, che porta il Giudice Amministrativo ad adeguare l'ordinamento a principi di effettività, razionalità e buon andamento (14).

Insomma la Sezione Quinta non si è fermata al dato letterale, per cui la prescrizione della *lex specialis*, a pena di esclusione, costituisce un postulato assiomatico ed indiscutibile di fronte al quale la sanzione diventa di rigore, ma ha rimesso la definizione della questione alla previa «soluzione dei presupposti problemi dell'interpretazione della prescrizione asseritivamente inosservata, della sua portata precettiva e della conseguenza della sua eventuale violazione».

In altri termini, quindi, pur non smentendo la giurisprudenza tradizionale, invece, richiamata anche nel resto della sentenza, la Sezione ha ritenuto di dare ad essa una portata più sostanzialistica o, se si vuole, più evolutiva, nel senso di affermare che il principio enunciato deve comportare il carattere chiaro della regola contraria e la sua univocità deve essere valutata con riferimento al sistema delle clausole dirette a disciplinare l'adempimento considerato e, quindi, non con riguardo astratto ed esclusivo alla singola previsione (15).

Nel quadro del criterio interpretativo ora enunciato, la decisione in commento ha rinvenuto un contrasto insanabile tra la clausola del bando che imponeva ai partecipanti alla gara per l'aggiudicazione del servizio la prestazione, a titolo di cauzione provvisoria, di una fidejussione bancaria pari al 2% dell'importo complessivo del prezzo, avente validità triennale, e l'altra prescrizione che, disciplinando la cauzione definitiva, imponeva all'impresa selezionata di versare o garantire un importo

pari al 10% del canone di appalto, a garanzia della regolare esecuzione degli obblighi nascenti dal contratto.

Infatti - ragiona correttamente la Sezione - nell'ambito dell'interpretazione sistematica delle due clausole connesse, la cauzione provvisoria non può avere altra funzione se non quella di garantire all'Amministrazione

Note

(14) La pronuncia in commento pare, infatti, muoversi nel solco di quell'innovativo filone giurisprudenziale inaugurato da T.A.R. Piemonte, 18 luglio 1995, n. 420, in TAR, 1995, I, 4154 secondo cui «la previsione di esclusione contenuta in un bando di gara in ordine a specifici adempimenti che incombono sui partecipanti deve essere interpretata secondo ragione con riferimento, in particolare, al contenuto sostanziale e non meramente formale dell'adempimento; pertanto, la previsione stessa non può intendersi in senso così rigoroso da portare all'esclusione dalla gara per ogni irregolarità dell'istanza o della documentazione, cui tuttavia non sia dato, secondo alcun ragionevole profilo, collegare la possibilità di rilevanza nella scelta futura dell'Amministrazione»; si v. altresì T.A.R. Calabria, Catanzaro, 5 settembre 1995, n. 865, in *Foro Amm.*, 1996, 2072, alla cui stregua «la stretta interpretazione che presidia la lettura delle clausole di esclusione contenute in un bando di gara non significa - né implica - che l'operazione di delucidazione del testo non possa rivolgersi all'individuazione delle funzioni ad esso sottesa né preclude l'emersione della «ratio» che ne abbia ispirato la formulazione ricorrendo al dato logico-funzionale ovvero all'impiego di canoni sistematici»; nonché da ultimo T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 23 gennaio 2003, n. 380, in *Foro Amm.* TAR, 2003, 251, secondo cui «alla clausola del bando di concorso di significato incerto o ambiguo (per tale intendendosi quella che, se interpretata in modo letterale, sarebbe illogica) deve essere attribuito il significato più ampio, non solo in quanto è interesse dell'amministrazione quello alla più ampia partecipazione possibile alla gara, ma anche in quanto esso risulta maggiormente aderente ai principi di tutela dell'affidamento e meglio si armonizza - dal punto di vista sistematico - con le altre disposizioni del bando».

(15) La giurisprudenza e la dottrina maggioritaria attribuiscono al bando di gara natura di provvedimento amministrativo; ne consegue che le regole da utilizzare per la sua interpretazione saranno quelle proprie di questa categoria di atti.

A tale proposito va ricordato che, non esistendo nel nostro ordinamento norme sull'interpretazione dell'atto amministrativo, sarà necessario ricorrere in via analogica, e con gli opportuni adattamenti, ai criteri esegetici stabiliti per gli atti normativi, per i trattati internazionali e per i negozi di diritto privato (v. M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Vol. 1, Milano, 1970, 604). Occorrerà, dunque in primo luogo fondarsi sul criterio logico-letterale dell'atto amministrativo; tale criterio dovrà a sua volta essere integrato dalle regole civilistiche della valutazione del comportamento delle parti (cf. l'art. 1362 c.c.), nonché dal criterio logico-sistematico, in forza del quale le clausole si interpretano le une per mezzo delle altre attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto (art. 1363 c.c.); in via meramente suppletiva si pongono infine i criteri dell'interpretazione delle espressioni generali con riferimento all'oggetto dell'atto (cf. l'art. 1364 c.c.); dell'interpretazione secondo buona fede (cf. l'art. 1366 c.c.); dell'interpretazione conforme alla natura dell'atto (cf. l'art. 1369 c.c.).

Con riguardo specifico ai bandi di gara, la giurisprudenza ha poi elaborato un ulteriore criterio ermeneutico ispirato al principio della massima partecipazione alla procedura concorsuale: in forza di tale principio si ritiene che le clausole del bando di gara vadano interpretate nel senso più favorevole alla partecipazione alla gara del maggior numero di concorrenti (si cf. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 6 ottobre 1998, n. 1927 e 25 giugno 1998, n. 1242 in *Giust. Amm. Sic.*, 1998, 1010 e 480).

Sulla interpretazione degli atti amministrativi in generale si veda G. Pifferi, *Interpretazione dell'atto amministrativo*, in *Amm. It.*, 1994, 2, 258. In giurisprudenza si segnala la sentenza del Cons. Stato, sez. IV, 4 settembre 1985, n. 335 in *Giur. It.*, 1986, III, 1.

In merito all'interpretazione da parte della p.a. delle prescrizioni di gara poste a pena di esclusione si veda invece il commento di A. Crisafulli alla sentenza del Cons. Stato, sez. IV, 12 febbraio 1997, n. 105, in questa *Rivista*, 1997, 1028.

il risarcimento del danno derivante dall'eventuale rifiuto dell'impresa aggiudicataria di stipulare il contratto di affidamento del servizio messo in gara, mentre al momento della stipula dello stesso essa viene sostituita da quella definitiva, peraltro di importo ben maggiore, e che ha la funzione di garantire l'Amministrazione stessa dai danni derivanti dall'eventuale inadempimento degli obblighi contrattuali (16).

Si direbbe così che la prima (cauzione provvisoria) è posta dalle regole della *lex specialis* del bando a presidio dell'interesse negativo alla conclusione del contratto (spese, accessori e occasioni perdute per non aver contrattato con altri), la seconda (cauzione definitiva) a garanzia del danno complessivamente valutabile (danno emergente e lucro cessante) derivante da ipotesi di vero e proprio inadempimento contrattuale.

Ricostruito così il rapporto tra le due norme di garanzia del bando, lette nel loro imprescindibile rapporto di connessione, è agevole concludere per la decisione in esame che la durata triennale della cauzione provvisoria, cioè pari al tempo di permanenza del rapporto contrattuale, si rivela non solo illogica e contraria alle finalità di tale garanzia, peraltro avvertendo che questo ancora non basterebbe a dare ad essa una diversa interpretazione o a legittimarne la disapplicazione (17), stante appunto il contenuto di *lex specialis* vincolante, ma soprattutto in contrasto insanabile con la connessa prescrizione che impone all'aggiudicatario di sostituire tale garanzia con altra definitiva e più rilevante al momento della formazione del contratto e a presidio della regolare esecuzione dello stesso.

Cosicché la durata temporale dell'effetto della cauzione provvisoria si rivela incoerente con il sistema delle garanzie prescritte dal bando, estendendo il periodo di validità oltre il tempo in cui è destinato a svolgere la sua funzione e quindi privo di giustificazione e di efficacia concreta e come tale, nel quadro interpretativo logicamente prospettato, destinato a recedere di fronte alla clausola che impone la cauzione definitiva e con la quale essa risulta in conflitto.

È sufficiente, in conclusione, che la cauzione provvisoria copra lo spazio temporale occorrente per la definizione della procedura e per la stipula del contratto.

È agevole così enucleare il principio generale affermato nella ricostruzione della fattispecie dalla commentata decisione della Quinta Sezione in materia di prescrizioni contenute a pena di esclusione dei partecipanti nei bandi di gara: permane, cioè, la portata vincolante per l'Amministrazione e per il giudice chiamato a decidere delle prescrizioni che impongono adempimenti a pena di esclusione obbligatoria in conseguenza di tali univoche prescrizioni; tuttavia, laddove il precetto si articola in distinte, ma logicamente collegate prescrizioni, l'univocità della clausola deve essere valutata in relazione alla chiarezza e alla coerenza delle regole connesse di modo che sia il regolamento complessivo della gara a rivelare il significato della clausola

della cui osservanza si discute; ove, in definitiva, la clausola in discussione, pur univocamente formulata, risultasse in conflitto con altra prescrizione connessa e non coerente con la funzione a cui deve assolvere il sistema delle regole, la valutazione assoluta e non discrezionale, affermata dall'orientamento della giurisprudenza sul punto, dovrebbe recedere a favore dell'opera dell'interprete del bando, che applicando i criteri di ermeneutica dettati dagli artt. 1362 e ss. del codice civile, ha il compito di assegnare alle prescrizioni della *lex specialis* un significato compatibile con le regole della gara inerenti il loro adempimento e coerenti con lo scopo perseguito (18).

La riproposizione in appello delle censure del ricorso originario non esaminate dai giudici di primo grado

La terza questione affrontata dalla Sezione e risolta con poche righe di motivazione riguarda il tema della necessaria riproposizione in appello per il riesame da parte del giudice del gravame delle censure avanzate con il ricorso di primo grado e dichiarate assorbite per l'accoglimento di altro motivo di ricorso.

Note:

(16) Sulla funzione della cauzione provvisoria e di quella definitiva nel settore degli appalti pubblici v. A. Cianfrone - G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003, 163 ss.; nonché a cura di F. Caringella, *Commentario alla nuova legge quadro sui lavori pubblici*, Milano, 1999, 935 ss.

(17) Attualmente, si ritiene che il potere di disapplicazione possa essere esercitato dal giudice amministrativo esclusivamente nei confronti di atti amministrativi aventi natura regolamentare, a condizione, peraltro, che questi non siano immediatamente lesivi degli interessi dei privati. Si tende perciò ad escludere che possano essere disapplicate, in quanto prive di carattere normativo, le clausole contenute nel bando di gara (si v. a tale proposito Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2001, n. 1248, in *Riv. Giur. Edil.*, 2001, I, 653: «le prescrizioni del bando di una gara d'appalto pubblico non possono essere legittimamente disapplicate né dalla p.a. appaltante [...] né dal giudice amministrativo (trattandosi di un provvedimento privo del carattere normativo)». Tale orientamento è stato, da ultimo, ribadito anche dalla Adunanza plenaria del Cons. Stato n. 4 del 2003, secondo cui «al giudice amministrativo non è dato di poter disapplicare atti amministrativi non regolamentari».

La presente decisione quindi, nell'escludere - seppure implicitamente - che la invalidità o manifesta irragionevolezza della norma del bando possa, di per sé, legittimare una sua disapplicazione da parte del Giudice amministrativo, si colloca in linea con l'orientamento dominante. Sul problema della disapplicabilità dei bandi di gara vedi: A. Crisafulli, *Disapplicabile il bando di gara in contrasto con norme sovraordinate*, nota a T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 2 aprile 1997, n. 354, in questa *Rivista*, 1997, 1138; *Id.*, *Condizioni per la disapplicazione dell'atto della p.a.*, nota a Cons. Stato, sez. IV, 7 aprile 1998, n. 568, in questa *Rivista*, 1999, 530.

(18) Tale principio, così come quelli enunciati nelle sentenze sopra richiamate (nota n. 14) del T.A.R. Piemonte, 18 luglio 1995, n. 420, del T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 23 gennaio 2003, n. 380 e del T.A.R. Calabria, Catanzaro, 5 settembre 1995, n. 865, sottende dunque il diritto per l'amministrazione aggiudicataria di valutare la effettiva incidenza delle disposizioni del bando rispetto al complessivo interesse pubblico perseguito attraverso la procedura di gara, anche quando tali prescrizioni siano stabilite a pena di esclusione. I giudici in scettanza affermano che, a prescindere dalle irregolarità formali, le prescrizioni del bando di gara debbono ritenersi adempite qualora gli elementi offerti siano sufficienti ad assicurare il rispetto delle esigenze e della *ratio* ad esse complessivamente sottese.

Sul punto la giurisprudenza (19) è costante nell'affermare che l'esame dei motivi dichiarati assorbiti in primo grado da parte del giudice di appello, se da un lato non richiede la proposizione di un appello incidentale (20), necessita tuttavia che vi sia la partecipazione della parte interessata a tale giudizio e che essa richieda espressamente l'esame di tali censure.

Si tratta, in fondo, di una particolare applicazione del principio devolutivo, che notoriamente costituisce una delle caratteristiche peculiari dell'appello nel nostro ordinamento processuale (21).

Come è risaputo, pur nell'elaborazione, rinvenuta nella teoria generale del processo, dell'appello non come mezzo eliminativo, bensì come *revisio prioris instantiae* e quindi come giudizio rinnovatorio pieno, la devoluzione al giudice di appello, o - come si può dire - l'effetto devolutivo, non opera in senso pieno, cioè nel senso della revisione integrale da parte del giudice di secondo grado di tutta la materia trattata dal primo giudice, ma solo nei limiti in cui i capi della domanda sono stati riproposti in secondo grado ed ugualmente sono stati riproposte le eccezioni in rito sulle quali il giudice di primo grado si sarebbe potuto pronunciare o si sia pronunciato.

Vale insomma il principio contenuto nell'espressione «*tantum devolutum quantum appellatum*».

Al principio devolutivo, sia pure applicato in modo attenuato, si ispira anche la teoria elaborata dalla giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria (22) e poi sostanzialmente accolta da tutte le Sezioni giurisdizionali, in materia di motivi rimasti assorbiti in primo grado.

Si tratta evidentemente del caso del ricorrente in primo grado risultato vittorioso sulla base di uno o di una parte dei motivi proposti, essendo invece rimasti assorbiti gli altri motivi, e dell'appello proposto dal resistente che sia rimasto soccombente.

In questo caso al fine di investire il giudice di secondo grado dei motivi dichiarati assorbiti non è necessaria la riproposizione di un appello incidentale, ma tali motivi debbono essere richiamati anche con semplice memoria non notificata alla controparte, perché essi non sono considerati come tacitamente respinti.

Ed è stata proprio l'Adunanza Plenaria a richiamare l'effetto devolutivo di cui all'art. 346 del codice di rito civile, affermando che i motivi assorbiti non richiamati si debbono considerare come rinuncia alle censure che li riguardano e che tale rinuncia si ritiene operare anche nel caso in cui l'appellato non si sia costituito in appello.

L'ultima annotazione che si può fare sul punto, sempre in materia di effetto devolutivo, riguarda la sorte dei motivi di merito rimasti necessariamente assorbiti da una pregiudiziale pronuncia di irricevibilità e/o inammissibilità del ricorso di primo grado.

Anche in questo caso l'Adunanza Plenaria ha risolto il problema invocando l'operatività dello stesso principio, nel senso che i motivi richiamati costituiscono l'oggetto anche del giudizio di appello, così nel contempo dando un significato restrittivo alle espressioni contenute

nell'art. 35, comma 1, della L. 1034 del 1971 in ordine alle ipotesi di rinvio della controversia al giudice di primo grado (23).

In conclusione, sul punto, la sentenza in commento ha fatto correttamente applicazione dei principi esposti circa l'effetto c.d. attenuato del principio devolutivo.

Note:

(19) Così con orientamento pressoché uniforme, tra le altre: Cons. Stato, Ad. Plen., 22 dicembre 1982, n. 19, in *Cons. Stato*, 1982, I, 1507; Cons. Stato, sez. IV, 3 aprile 1985, n. 113, in *Cons. Stato*, 1985, I, 387; Cons. Stato, sez. IV, 6 ottobre 1986, n. 641 in *Cons. Stato*, 1986, I, 1440; C.G.A. Sicilia, 20 dicembre 1988, n. 206, in *Cons. Stato*, 1988, I, 1715; Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 1991, n. 61, in *Cons. Stato*, 1991, I, 46; Cons. Stato, sez. IV, 18 gennaio 1997, n. 31, in *Cons. Stato*, 1997, I, 30; Cons. Stato, sez. V, 2 novembre 1998, n. 1562, in *Cons. Stato*, 1998, I, 1758; Cons. Stato, sez. IV, 23 novembre 2000, n. 6226, in *Cons. Stato*, 2000, I, 1509.

(20) In questo senso espressamente: Cons. Stato, sez. IV, 16 ottobre 1998, n. 1306, in *Cons. Stato*, 1998, I, 1520. Sui motivi assorbiti e sulla loro rilevanza in appello: B. Cavallo, *Processo amministrativo e motivi assorbiti*, Teramo 1975, 206 ss.; G. Paleologo, *L'appello al Consiglio di Stato*, Milano, 1989, 337 ss.

(21) Nel sistema antecedente al codice di procedura civile del 1865, come del resto ricorda l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (Ad. Plen. 19 gennaio 1999, n. 1, si veda citata nella successiva nota), dottrina e giurisprudenza si erano divise, in mancanza di una norma espressa, circa l'operatività del principio dispositivo nel nostro ordinamento processuale. Chiovenda, ad esempio, riteneva che l'effetto devolutivo volesse «significare il passaggio della causa decisa dal giudice inferiore alla piena cognizione del giudice superiore» (Cesù: G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1961, 975 ss., ristampa dall'edizione del 1923).

In altri termini l'effetto devolutivo, secondo il Maestro, operava in via automatica, senza necessità di riproporre espressamente in appello i motivi su cui la parte appellante era rimasta soccombente in primo grado.

Circa invece il funzionamento del principio devolutivo nel sistema introdotto dal codice di procedura civile del 1942 e in particolare dall'art. 346, nel senso che appunto ciascuna domanda e ciascuna eccezione, già proposta in primo grado e non accolta o anche solo non esaminata, debba essere espressamente riproposta in appello: C. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, II, Torino 1995, 382 ss.; A. Proto-Fisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 1994, 533 ss.

Infine, in termini più specifici: A. Amardi, *Note sull'effetto devolutivo dell'appello*, in *Giur. It.*, 1961, IV, 161 ss.

Per quanto attiene, poi, alla operatività del principio devolutivo nel processo amministrativo, si vedano: V. Caianella, *Manuale di Diritto Processuale Amministrativo*, Torino, 2003, 875 ss. e per contributi specifici: L. Iannotta - F. Pugliese, *Appello e contraddittorio*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1997, 10; F. Bassi, *L'effetto devolutivo dell'appello nel processo amministrativo (dalla parte del ricorrente)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1985, 343.

(22) Cons. Stato, Ad. Plen., 19 gennaio 1999, n. 1, in *Cons. Stato*, 1999, I ss. L'Adunanza Plenaria dopo un'analisi storica circa il funzionamento del principio devolutivo nel codice di procedura civile del 1865 e le ragioni che indussero il legislatore del 1942 ad introdurre l'art. 346 c.p.c. perviene alla conclusione che la mancata riproposizione in appello, da parte dell'appellato vincitore, della censura non esaminata dal T.A.R. impone che il Consiglio di Stato non possa pronunciarsi su quelle censure, perché devono intendersi rinunciate come previsto dal citato art. 346. Tale preclusione, secondo la stessa Adunanza Plenaria, sussiste a maggior ragione quando l'appellato vittorioso si è costituito nel giudizio di appello. Nel commentare tale sentenza, c'è chi ha distinto (G. Sigismondi, *Appello al Consiglio di Stato e motivi assorbiti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2000, 407 ss.) tra assorbimento in senso proprio ed assorbimento improprio, per rilevare che nel secondo può verificarsi una vera e propria soccombenza e quindi la necessità dell'appello incidentale per il riesame di tali motivi. Ma l'Adunanza Plenaria pare aver superato ogni distinzione.

(23) In questo senso: Cons. Stato, Ad. Plen., 7 luglio 1978, n. 22, 4 luglio 1978, n. 20 e 30 giugno 1978, n. 18, in *Foro It.*, 1978, III, col. 454 ss.