

Appalti di servizi

# La Corte di Giustizia si pronuncia sulla disapplicazione dei bandi

CORTE CE, sez. VI, 27 febbraio 2003, C-327/00

Pres. Puissechet - Santex S.p.a c. Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia

La direttiva 89/665/CEE (come modificata dalla direttiva 92/50/CEE), che disciplina le forme di controllo giurisdizionale delle decisioni adottate nell'ambito delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, deve essere interpretata nel senso che essa - una volta accertato che un'autorità aggiudicatrice con il suo comportamento ha reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario a un cittadino dell'Unione leso da una decisione di tale autorità - impone ai giudici nazionali competenti l'obbligo di dichiarare ricevibili i motivi di diritto basati sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto comunitario, dedotti a sostegno di un'impugnazione proposta contro la detta decisione, ricorrendo, se del caso, alla possibilità prevista dal diritto nazionale di disapplicare le norme nazionali di decadenza in forza delle quali, decorso il termine per impugnare il bando di gara, non è più possibile invocare una tale incompatibilità.

Omissis

43. A titolo preliminare occorre rammentare che, come rilevato ai punti 22 e 23 della presente sentenza, il giudice a quo ritiene accertato che la clausola controversa sia incompatibile sia con l'art. 22 della direttiva 93/36 che con l'art. 13 del decreto legislativo n. 358/1992.

44. Tuttavia, come precisato nell'ordinanza di rinvio, il suddetto giudice non può dichiarare ricevibile il ricorso della causa principale se applica le norme processuali nazionali in forza delle quali, una volta decorso il termine previsto per l'impugnazione di un bando di gara, sono irricevibili anche tutti i motivi di diritto che sono stati dedotti in ordine all'asserita illegittimità di tale bando al fine di contestare un altro provvedimento dell'autorità aggiudicatrice.

45. Inoltre, risulta dall'ordinanza di rinvio che il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia considera che il comportamento dell'autorità aggiudicatrice nella causa principale ha reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario all'offerente leso dalla clausola controversa.

46. Risulta dunque che il giudice a quo chiede che gli sia chiarito se, alla luce di quanto esposto, sia tenuto in forza del diritto comunitario, a disapplicare le norme nazionali di decadenza, al fine di dichiarare ricevibile il motivo relativo a una violazione del diritto comunitario da parte della clausola controversa, addotto a sostegno dell'impugnazione di decisioni successivamente adottate dall'autorità aggiudicatrice sulla scorta di tale clausola.

47. Orbene, occorre rilevare al riguardo che la direttiva 93/36 non disciplina le forme di controllo giurisdizionale delle decisioni adottate nell'ambito delle procedure

di aggiudicazione di appalti pubblici, ma che si tratta di materia disciplinata unicamente dalla direttiva 89/665. Quest'ultima stabilisce i requisiti minimi che le procedure d'impugnazione previste dagli ordinamenti giuridici nazionali devono rispettare per garantire l'osservanza delle disposizioni comunitarie in materia di appalti pubblici.

48. Alla luce delle considerazioni che precedono, la prima questione va intesa come diretta a stabilire, in sostanza, se la direttiva 89/665 debba essere interpretata nel senso che essa - una volta accertato che un'autorità aggiudicatrice con il suo comportamento ha reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario a un cittadino dell'Unione leso da una decisione di tale autorità - impone ai giudici nazionali competenti l'obbligo di dichiarare ricevibili i motivi di diritto basati sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto comunitario, dedotti a sostegno di un'impugnazione proposta contro la detta decisione, ricorrendo, se del caso, alla possibilità prevista dal diritto nazionale di disapplicare le norme nazionali di decadenza in forza delle quali, decorso il termine per impugnare il bando di gara, non è più possibile invocare una tale incompatibilità.

49. Per rispondere alla questione così riformulata, occorre rammentare che la Corte ha già avuto occasione di pronunciarsi in via generale sulla compatibilità con la direttiva 89/665 di norme nazionali che prevedono termini di decadenza per le impugnazioni avverso decisioni delle autorità aggiudicatrici di cui alla detta direttiva.

50. Infatti, al punto 79 della sentenza 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universale-Bau e a.* (non ancora pubblicata nella Raccolta), la Corte ha statuito che la

direttiva 89/665 non osta ad una normativa nazionale la quale preveda che qualsiasi ricorso avverso una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice vada proposto nel termine all'uopo previsto e che qualsiasi irregolarità del procedimento di aggiudicazione invocata a sostegno di tale ricorso debba essere sollevata nel medesimo termine, a pena di decadenza, di modo che, scaduto tale termine, non è più possibile impugnare tale decisione o eccepire la suddetta irregolarità, a condizione che il termine in parola sia ragionevole.

51. In particolare, la Corte ha constatato che, sebbene spetti all'ordinamento nazionale di ogni Stato membro definire le modalità relative al termine di ricorso destinate ad assicurare la salvaguardia dei diritti conferiti dal diritto comunitario ai candidati e agli offerenti lesi da decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici, tali modalità non devono mettere in pericolo l'effetto utile della direttiva 89/665, la quale è intesa a garantire che le decisioni illegittime di tali amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile (sentenza *Universale-Bau* e a., cit., punti 71, 72 e 74).

52. È in tale contesto che la Corte ha rilevato che la fissazione di termini di ricorso ragionevoli a pena di decadenza risponde, in linea di principio, all'esigenza di effettività derivante dalla direttiva 89/665, in quanto costituisce l'applicazione del principio della certezza del diritto (sentenza *Universale-Bau* e a., cit., punto 76).

53. Si deve pertanto verificare se il termine di decadenza di cui trattasi nella causa principale risponda alle esigenze della direttiva 89/665, come elaborate dalla giurisprudenza ricordata ai punti 50-52 della presente sentenza.

54. A tale proposito occorre rilevare, da un lato, che il termine di decadenza di 60 giorni applicabile in materia di appalti pubblici in forza dell'art. 36, n. 1, del R.D. n. 1054/1924, come interpretato dal Consiglio di Stato, risulta ragionevole sotto il profilo sia dell'obiettivo della direttiva 89/665 sia del principio della certezza del diritto.

55. Dall'altro, occorre constatare che un tale termine, che decorre dalla data di notifica dell'atto o dalla data in cui risulta che l'interessato ne ha avuto piena conoscenza, è conforme anche al principio d'effettività, in quanto non è idoneo, di per sé, a rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti eventualmente riconosciuti all'interessato dal diritto comunitario.

56. Tuttavia, ai fini dell'applicazione del principio d'effettività, ciascun caso in cui si pone la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario dev'essere esaminato tenendo conto, in particolare, del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, nonché dello svolgimento e delle peculiarità di quest'ultimo (v. sentenza 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroeck*, Racc. pag. I-4599, punto 14).

57. Pertanto, se un termine di decadenza come quello della causa principale non è, di per sé, contrario al principio di effettività, non si può escludere che, nelle particolari circostanze della causa sottoposta al giudice *a quo*, l'applicazione di tale termine possa comportare una violazione del detto principio.

58. In tale prospettiva, occorre prendere in considerazione il fatto che, nel caso di specie, sebbene la clausola controversa sia stata portata a conoscenza degli interessati all'atto della pubblicazione del bando di gara, l'autorità aggiudicatrice, con il suo comportamento, ha creato uno stato d'incertezza in ordine all'interpretazione da dare a tale clausola e che questa incertezza è stata dissipata solo con l'adozione della decisione di esclusione.

59. Infatti, come risulta dalle informazioni fornite dal giudice *a quo*, l'USL all'inizio ha lasciato intendere che avrebbe tenuto conto delle riserve espresse dalla Santex e che non avrebbe applicato nella fase dell'ammissione delle offerte il requisito economico di cui alla clausola controversa. Soltanto con la decisione di esclusione, che ha estromesso dalla procedura di gara tutti gli offerenti che non rispondevano al detto requisito, l'autorità aggiudicatrice ha espresso la sua posizione definitiva sull'interpretazione della clausola controversa.

60. Si deve pertanto riconoscere che, nella fattispecie principale, l'offerente leso ha potuto conoscere l'effettiva interpretazione della detta clausola del bando di gara da parte dell'autorità aggiudicatrice soltanto quando è stato informato della decisione di esclusione. Orbene, tenuto conto del fatto che, a quel punto, il termine previsto per l'impugnazione del detto bando era già scaduto, tale offerente è stato privato, per effetto delle norme di decadenza, di qualsiasi possibilità di far valere in giudizio, nei confronti di successive decisioni arrecantigli pregiudizio, l'incompatibilità di tale interpretazione con il diritto comunitario.

61. Nella fattispecie principale, si può affermare che il comportamento mutevole dell'autorità aggiudicatrice, vista l'esistenza di un termine di decadenza, ha reso eccessivamente difficile per l'offerente leso l'esercizio dei diritti conferitigli dall'ordinamento giuridico comunitario.

62. Poiché solamente il giudice *a quo* è competente a interpretare e applicare la normativa nazionale, spetta ad esso, in circostanze quali quelle della causa principale, interpretare, per quanto possibile, le norme che prevedono tale termine di decadenza in modo da garantire il rispetto del principio di effettività derivante dalla direttiva 89/665.

63. Come risulta dalla giurisprudenza della Corte, infatti, spetta al giudice nazionale conferire alla legge nazionale che è chiamato ad applicare un'interpretazione per quanto possibile conforme ai precetti del diritto comunitario (v., in particolare, sentenze 5 ottobre 1994, causa C-165/91, *Van Munster*, Racc. pag. I-4661, punto 34, e 26 settembre 2000, causa C-262/97, *Engelbrecht*, Racc. pag. I-7321, punto 39).

64. Se una tale applicazione conforme non è possibile, il giudice nazionale ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, eventualmente disapplicando ogni disposizione nazionale la cui applicazione, date le circostanze della fattispecie, condurrebbe a un risultato contrario al diritto comunitario (v., in particolare, sentenze 5 marzo 1998, causa C-347/96, Solred, Racc. pag. I-937, punto 30, e Engelbrecht, cit., punto 40).

65. Ne consegue che, in circostanze quali quelle della causa principale, spetta al giudice *a quo* assicurare il rispetto del principio di effettività derivante dalla direttiva 89/665, applicando il proprio diritto nazionale in modo tale da consentire all'offerente leso da una decisione dell'autorità aggiudicatrice, adottata in violazione del diritto comunitario, di conservare la possibilità di addurre motivi di diritto inerenti a tale violazione a sostegno di impugnazioni avverso altre decisioni dell'autorità aggiudicatrice, ricorrendo, se del caso, alla possibilità, derivante secondo il suddetto giudice dall'art. 5 della L. n. 2248/1865, di disapplicare le norme nazionali di decadenza che disciplinano tali impugnazioni.

66. Sulla scorta delle considerazioni che precedono, occorre risolvere la prima questione pregiudiziale dichiarando che la direttiva 89/665 deve essere interpretata nel senso che essa - una volta accertato che un'autorità aggiudicatrice con il suo comportamento ha reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario a un cittadino dell'Unione leso da una decisione di tale autorità - impone ai giudici nazionali competenti l'obbligo di dichiarare ricevibili i motivi di diritto basati sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto comunitario, dedotti a sostegno di un'impugnazione proposta contro la detta decisione, ricorrendo, se del caso, alla possibilità prevista dal diritto nazionale di disapplicare le norme nazionali di decadenza in forza delle quali, decorso il termine per impugnare il bando di gara, non è più possibile invocare una tale incompatibilità.

Sulla seconda questione

67. Tenuto conto della risposta alla prima questione, non occorre risolvere la seconda.

Sulle spese

68. Le spese sostenute dai governi italiano, francese e austriaco, nonché dalla Commissione, che hanno presentato osservazioni alla Corte, non possono dar luogo a rifusione. Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese.

Per questi motivi, la Corte (Sesta Sezione), pronunciandosi sulle questioni sottoposte dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia con ordinanza 23 giugno 2000, dichiara:

La direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, deve essere interpretata nel senso che essa - una volta accertato che un'autorità aggiudicatrice con il suo comportamento ha reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario a un cittadino dell'Unione leso da una decisione di tale autorità - impone ai giudici nazionali competenti l'obbligo di dichiarare ricevibili i motivi di diritto basati sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto comunitario, dedotti a sostegno di un'impugnazione proposta contro la detta decisione, ricorrendo, se del caso, alla possibilità prevista dal diritto nazionale di disapplicare le norme nazionali di decadenza in forza delle quali, decorso il termine per impugnare il bando di gara, non è più possibile invocare una tale incompatibilità.

## IL COMMENTO

di Mauro Giovannelli

Il T.A.R. Lombardia, sez. III, con ordinanza pubblicata l'8 agosto 2000 (1) aveva proposto alla Corte di Giustizia della Comunità Europea, ai sensi dell'art. 234 del Trattato di Roma, due questioni pregiudiziali riguardanti l'interpretazione dell'art. 22 della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE che coordina le procedure degli appalti pubblici di forniture, nonché dell'art. 6, n. 2 dello stesso trattato, il quale, nel codificare il rispetto da parte dell'Unione dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fonamen-

tali, ha fatto proprio il principio di effettività della tutela giurisdizionale stabilito dagli artt. 6 e 13 della stessa convenzione.

La Corte di Giustizia, nella sentenza in commento, richiama in primo luogo, le direttive che entrano in discussione, nel caso prospettato, costituite innanzitutto dalla direttiva 89/665/CEE del 21 dicembre 1989, mo-

Nota:

(1) In questa Rivista, 2000, 1243 ss.

dificata dalla direttiva 92/50/CEE, la prima relativa alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, la seconda a quelle degli appalti pubblici di servizi, ove all'art. 1 n. 1 si sancisce il principio che le decisioni delle autorità aggiudicatrici debbano essere oggetto di ricorsi efficaci e il più possibile rapidi, mentre all'art. 2, n. 1, lett. b) dispone che gli Stati membri debbano prevedere che in sede di ricorso contro le decisioni illegittime siano accordati poteri per annullare tali decisioni «compresa la soppressione delle specificazioni tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nei documenti di gara, nei capitolati d'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione».

La Corte richiama, poi, l'art. 22 della direttiva 93/36 (abrogata dalla direttiva del Consiglio 21 dicembre 1976 77/62/CEE in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture) ove si stabilisce: a) che la capacità finanziaria ed economica del fornitore possa essere fornita, tra l'altro, con la dichiarazione del fatturato globale dell'impresa e del fatturato delle specifiche forniture oggetto di appalto negli ultimi tre esercizi; b) che nel bando di gara le amministrazioni debbano precisare la referenza o le referenze scelte, nonché le eventuali referenze da presentare; c) che se, per giustificati motivi, il fornitore non sia in grado di presentare le referenze richieste dall'amministrazione, egli deve essere ammesso a provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento che l'Amministrazione ritenga appropriato.

La Corte ricorda, ancora, che l'art. 22 della direttiva 93/36 è stato recepito nell'ordinamento italiano, con un contenuto analogo, espresso dall'art. 13 del D.Lgs. 24 luglio 1992 n. 352, che raccoglie il T.U. delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture; richiama, di seguito, l'art. 3 del T.U. della legge sul Consiglio di Stato (R.D. n. 1054/1924), la cui applicazione è estesa ex art. 19 L. 1034/1971 ai Tribunali Amministrativi, per cui, in via normale, tranne diversi termini stabiliti dalla legge di volta in volta, il termine per impugnare i provvedimenti amministrativi in sede giurisdizionale è di 60 giorni dalla data di notificazione o da quella in cui risulti che l'interessato ne abbia avuto piena conoscenza; infine, accenna all'art. 5 della L. 2248/1865, abolitrice del contenzioso amministrativo, che espone la regola secondo cui «in questo, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi e i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi».

In questo contesto legislativo, puntualmente esposto, la questione deferita al giudizio pregiudiziale della Corte si presenta di relativa semplicità.

La U.S.L. in discussione aveva bandito una gara per la fornitura diretta a domicilio di prodotti assorbenti per l'incontinenza.

Nel bando era contenuta la clausola per la quale sa-

rebbero state ammesse alla gara soltanto le imprese che avessero realizzato «un fatturato complessivo nell'ultimo triennio almeno triplo, per servizio identico a quello oggetto della gara, rispetto all'importo annuo presunto posto a base d'asta».

Un'impresa, intenzionata a partecipare alla gara, con lettera diretta all'Amministrazione indicente faceva rilevare che la clausola suindicata configurava, secondo il proprio parere, un'indebita restrizione della concorrenza. Infatti il servizio in questione era stato introdotto dalle aziende U.S.L. molto di recente e una clausola come quella esposta comportava un vantaggio ingiustificato a favore del soggetto che si era aggiudicato l'appalto in occasione della precedente gara, con l'esclusione di numerosi altri concorrenti, tra cui la ricorrente, la quale pure solo nell'ultimo anno aveva avuto un fatturato doppio rispetto a quello messo a base d'asta.

Su questi rilievi la U.S.L. rinviava la valutazione delle offerte, chiedeva agli offerenti una documentazione integrativa e affermava che la clausola contenuta nel bando poteva interpretarsi come riferita al fatturato complessivo delle imprese interessate, mentre il fatturato relativo a prodotti identici, sarebbe stato considerato non tanto un requisito di ammissione, quanto piuttosto un criterio utile al fine della valutazione della qualità delle offerte.

A tale tipo di interpretazione si opponeva l'impresa già aggiudicatrice del precedente appalto, chiedendo alla U.S.L. il rispetto puntuale delle clausole del bando.

La U.S.L. richiedeva, allora, agli offerenti l'indicazione del fatturato realizzato per fornitura di prodotti identici, nonché l'elencazione delle aziende sanitarie alle quali i prodotti erano stati forniti.

Di seguito la stessa U.S.L. adottava una decisione, con la quale escludeva dalla procedura di gara tutte le imprese che non soddisfacevano al requisito economico espresso dalle clausole del bando (compresa quella che aveva espresso i riferiti rilievi) e, poi, con successivo atto aggiudicava la fornitura alla stessa impresa che aveva vinto la precedente gara.

L'impresa esclusa impugnava di fronte al T.A.R. della Lombardia la decisione di esclusione, la decisione di aggiudicazione, nonché il bando di gara, facendo valere i vizi di violazione di legge e di eccesso di potere.

La U.S.L. e la controinteressata, costituitesi in giudizio, eccepevano la tardività dell'impugnazione del bando di gara, che era l'unico che le arrecava pregiudizio, precludendole la partecipazione alla procedura di gara.

Il T.A.R. accoglieva la domanda cautelare proposta, disponendo la sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati, perché, anche a ritenere tardiva l'impugnazione del bando, si sarebbe dovuto procedere alla disapplicazione della clausola controversa per violazione dei principi comunitari in materia di concorrenza.

L'ordinanza accoglitiva del TAR veniva annullata, su ricorso della U.S.L. e della controinteressata, dal Consiglio di Stato.

Ma il TAR, a cui il giudizio era ritornato per la decisione del merito, nell'ordinanza di rinvio alla Corte di Giustizia, affermava che la clausola del bando limitava il diritto di accesso alla gara con violazione dell'art. 22 della direttiva 93/36, testualmente ripresa dall'art. 13 del D.Lgs. 358/1992.

Secondo la tesi esposta nell'atto di rinvio, la clausola del bando violava i principi di proporzionalità e di non discriminazione, eccedendo le esigenze di verifica della capacità economica e finanziaria degli offerenti e in sostanza concedendo un ingiustificato privilegio alle imprese dominanti del mercato.

Circa, tuttavia, la preliminare questione di irricevibilità del ricorso, per cui, essendo la clausola controversa del bando quella che impediva al ricorrente di partecipare alla gara, essa doveva essere impugnata nel termine decadenziale di 60 giorni dalla sua conoscenza, il Tribunale Amministrativo sosteneva che, ai sensi dell'art. 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, la norma regolamentare che contrasta con una fonte sopraordinata ed incide su un diritto soggettivo, anche secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, deve essere disapplicata.

È, poi, vero - argomentava ancora il TAR - che lo stesso Consiglio di Stato ritiene fermamente che in materia di appalti pubblici gli atti immediatamente lesivi del diritto di partecipazione alla gara devono essere impugnati nel termine di 60 giorni, trascorso il quale non c'è ulteriore possibilità di disapplicare né bandi, né loro clausole, ma tuttavia dovrebbe riespandersi il principio disapplicativo contenuto nell'art. 5 della L. 2248/1865, quando i bandi di gara si ponessero in contrasto con il diritto comunitario e al fine di dare effettività alla tutela giurisdizionale dei diritti garantiti dall'ordinamento comunitario.

Così i fatti di causa legittimerebbero un diniego di applicazione della clausola controversa, da un lato perché la U.S.L. fece capire che tale clausola sarebbe stata interpretata in modo restrittivo ovvero riformulata nel corso della procedura di gara, in tal modo ingenerando una situazione di incertezza pregiudiziale ai fini della tempestiva impugnazione della clausola e così rendendo eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario; dall'altro lato, comunque, la valutazione di illegittimità degli atti impugnati sarebbe funzionale all'interesse dell'amministrazione, che è quello di aprire la gara ad un maggior numero di concorrenti possibile.

Su questa considerazione, il giudizio di merito veniva sospeso e rimessi alla Corte gli atti per la decisione delle questioni pregiudiziali:

a) sull'interpretazione dell'art. 22 della direttiva 93/36/CEE e in particolare se esso obbligasse le autorità giurisdizionali nazionali per la tutela dei cittadini lesi da atti adottati in violazione del diritto comunitario, ricorrendo all'istituto della disapplicazione anche nei confronti di clausole lesive contenute nel bando, ma non impuginate nei termini brevi di decadenza previsti dal

diritto processuale nazionale, quando risulti che l'applicazione del diritto comunitario stesso sia stata gravemente impedita o comunque resa più difficile ed esista un interesse pubblico sempre di natura comunitaria o nazionale che giustifichi la riaffermazione del diritto comunitario;

b) se analoga conclusione potesse essere ricavata dall'applicazione dell'art. 6, n. 2 U.E., che per garantire i diritti fondamentali della convenzione afferenti i diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ha fatto proprio il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Nel giudizio erano intervenuti, presentando osservazioni scritte, il governo italiano, quello francese, quello austriaco, nonché la Commissione della Comunità Europea.

I governi intervenuti, con diverse considerazioni, tutte peraltro convergenti, facevano rilevare che nel caso di specie non si riscontrava violazione dei principi comunitari, in particolare alla luce della direttiva 89/665, che rimetteva alla disciplina del diritto nazionale la prefigurazione di termini brevi di impugnazione degli atti, in applicazione del principio di celerità dei procedimenti amministrativi e senza nessun pregiudizio delle regole di effettività e parità della tutela giurisdizionale, mentre la Commissione fece osservare che le decisioni illegittime delle amministrazioni debbono essere sottoposte a ricorsi efficaci e rapidi, ma il loro annullamento non può essere impedito dal fatto che una disciplina precedente sia stata impugnata o meno nei termini previsti.

Giudicando dal caso sottoposto, la Corte correttamente osserva che il giudice *a quo* ha preliminarmente accertato tre questioni: a) che la clausola del bando (cosiddetta clausola controversa) violava l'art. 22 della direttiva 93/36, nonché l'art. 13 del D.Lgs. 358/1992; b) che esso giudice sulla base del diritto nazionale non può dichiarare ricevibile il ricorso della causa principale, in quanto risulta decorso il termine per l'impugnazione del bando di gara, anche se deduce la sua illegittimità per contestare il provvedimento di esclusione dell'autorità aggiudicatrice; c) che comunque il TAR della Lombardia valuta il comportamento dell'autorità aggiudicatrice, nella fattispecie tale da aver reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario all'offerente leso dalla clausola controversa.

Ne consegue, afferma la Corte, che la disapplicazione della norma nazionale di decadenza, per rendere ricevibile il motivo relativo alla violazione del diritto comunitario da parte della clausola controversa, secondo il giudice *a quo* va posta nel quadro degli accertamenti da esso giudice effettuati.

Premette ancora la Corte che la direttiva 93/36, di cui si dà per accertata la violazione, non disciplina il controllo giurisdizionale delle decisioni adottate nell'ambito delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici. Tale materia è, invece, regolata dalla direttiva 89/665, la quale stabilisce i requisiti minimi che le proce-

ture nazionali in materia di appalti pubblici debbono rispettare per garantire l'osservanza delle disposizioni comunitarie.

Allora - dice la Corte - la prima questione da decidere è se alla luce della direttiva 89/665 e una volta accertato che il comportamento dell'autorità aggiudicatrice ha reso impossibile o eccessivamente difficile per un cittadino leso da una decisione di tale autorità l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario, il giudice nazionale abbia l'obbligo di dichiarare ricevibili i motivi basati sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto comunitario, da lui dedotti a sostegno dell'impugnazione di una decisione che lo esclude dalla gara, se del caso ricorrendo alla possibilità, prevista dal diritto nazionale, di disapplicare le norme nazionali di decadenza, in forza delle quali, decorso il termine per impugnare il bando di gara, non è più possibile invocare una tale incompatibilità.

Per rispondere alla questione la Corte ricorda che essa ha già avuto modo di pronunciarsi, in via generale, sulla compatibilità con la direttiva 89/665 delle norme nazionali che prevedono termini di decadenza per impugnare decisioni delle autorità aggiudicatrici.

A questo proposito la Corte cita la sua sentenza 12 dicembre 2002 (causa C-470/99, *Universale-Bau* e altri), ove si afferma che ogni motivo di censura contro le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici va proposto nello stesso ricorso e nei termini fissati dal diritto nazionale a pena di decadenza, che le modalità relative ai termini non devono mettere in pericolo l'effetto utile della direttiva 89/665, che garantisce che le decisioni illegittime debbano essere oggetto di un ricorso efficace e quanto più possibile rapido, che infine la fissazione di termini ragionevoli per proporre ricorso risponde, in linea di principio, all'esigenza di effettività derivante dalla direttiva 89/665.

Si tratta, conclude la Corte sul punto, di stabilire, quindi, se il termine di decadenza evocato nella causa principale risponda alle esigenze rappresentate dalla direttiva 89/665.

A tal proposito la Corte definisce ragionevole il termine di decadenza di 60 giorni previsto dalle leggi nazionali anche in materia di appalti pubblici, sia sotto il profilo dell'obiettivo espresso dalla direttiva 89/665, sia sotto il principio della certezza del diritto, mentre, dall'altro lato, tale termine, che decorre - come detto - o dalla notifica dell'atto o dalla piena conoscenza, è conforme al principio di effettività, perché non rende né impossibile né eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti che il diritto comunitario riconosce all'interessato.

Tuttavia, aggiunge la Corte, il principio di effettività enunciato, se in astratto è garantito dal termine, in concreto va esaminato tenendo conto del ruolo che la norma ha nell'insieme del procedimento e nello svolgimento dello stesso, potendosi dire in concreto che l'applicazione del termine, nelle particolari circostanze della cau-

sa sottoposta al giudice *a quo*, possa comportare la violazione di detto principio.

Nel quadro giuridico così ricostruito, la Corte rileva che, sebbene nel caso di specie la clausola controversa sia stata portata a conoscenza degli interessati con la pubblicazione del bando di gara, tuttavia il comportamento tenuto di seguito dall'autorità aggiudicatrice avrebbe ingenerato uno stato di incertezza circa l'interpretazione da dare a tale clausola, dissipata soltanto con la decisione di esclusione.

Infatti, secondo le risultanze emergenti dal giudice *a quo*, la U.S.L. avrebbe tenuto conto delle riserve espresse dall'interessata alla partecipazione, così da dare ad intendere che la clausola controversa non sarebbe stata applicata nella fase di ammissione delle offerte, mentre solo con la decisione di esclusione la stessa autorità aggiudicatrice avrebbe espresso la sua posizione definitiva circa l'interpretazione della clausola controversa.

Allora la Corte doveva riconoscere che l'offerente leso aveva potuto conoscere l'effettiva interpretazione della detta clausola del bando di gara da parte dell'autorità aggiudicatrice, soltanto quando era stato informato della decisione di esclusione. Ma allora il termine per l'impugnazione del bando di gara era scaduto per effetto delle norme dettate in materia di decadenza e così l'offerente risultava privato di qualsiasi possibilità di far valere in giudizio, nei confronti delle successive decisioni che gli arrecavano pregiudizio, l'incompatibilità di tale interpretazione con il diritto comunitario.

Si poteva così affermare che il comportamento multivale dell'autorità aggiudicatrice, in considerazione proprio dell'esistenza di un termine di decadenza, aveva reso eccessivamente difficile per l'offerente leso l'esercizio dei diritti conferitigli dall'ordinamento giuridico comunitario.

In questi casi, spetta solamente al giudice *a quo* interpretare ed applicare la normativa nazionale e perciò è tale giudice, in un caso come quello della causa principale, che deve interpretare se le norme che prevedono la decadenza siano tali da garantire il rispetto del principio di effettività derivante dalla direttiva 89/665.

Se l'applicazione del diritto comunitario non risulta possibile, allora il giudice nazionale deve disapplicare quelle norme che condurrebbero ad un risultato contrario al diritto comunitario.

Ne conseguirebbe, in circostanze come quelle risultanti dalla causa principale, che spetta al giudice *a quo* il rispetto del principio di effettività derivante dalla direttiva 89/665, applicando il diritto nazionale in modo tale da consentire all'offerente leso da una decisione dell'autorità aggiudicatrice, adottata in violazione del diritto comunitario, di conservare la possibilità di addurre motivi di diritto inerenti a tale violazione a sostegno di impugnazioni avverso altre decisioni della stessa autorità aggiudicatrice, ricorrendo, se del caso, anche alla possibilità di disapplicare le norme nazionali di decadenza

che disciplinano le impugnazioni, come gli deriva dall'art. 5 della L. n. 2248/1865.

La questione pregiudiziale proposta viene così dalla Corte risolta «dichiarando che la direttiva 89/665 deve essere interpretata nel senso che essa - una volta accertato che un'autorità aggiudicatrice con il suo comportamento ha reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario ad un cittadino dell'Unione leso da una decisione di tale autorità - impone ai giudici nazionali competenti l'obbligo di dichiarare ricevibili i motivi di diritto basati sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto comunitario, dedotti a sostegno di un'impugnazione proposta contro la detta decisione, ricorrendo, se del caso, alla possibilità prevista dal diritto nazionale di disapplicare le norme nazionali di decadenza in forza delle quali, decorso il termine per impugnare il bando di gara, non è più possibile invocare una tale incompatibilità».

La Corte, infine, ritiene superata la seconda questione per effetto della risposta data alla prima.

### Una decisione poco convincente

Nell'accingerci a commentare la decisione che abbiamo riassunto per ampi tratti e, ci pare, in tutti i passaggi più significativi, si vuol subito premettere che essa poco ci convince, più che nelle conclusioni prese, soprattutto nello svolgimento del ragionamento fatto per pervenire a quelle conclusioni.

Non può, peraltro, sfuggire che nessuno dei tre governi intervenuti abbia condiviso l'impostazione che alla Corte riveniva dalle questioni ad essa sottoposte dal TAR della Lombardia, facendosi rilevare in diverso modo che la lesione dei diritti di partecipazione alla gara era, semmai, stata prodotta dal bando di gara, che l'esclusione di seguito operata alla partecipazione al concorso era una diretta conseguenza delle norme del bando non impugnate, che il termine decadenziale di impugnazione previsto in giorni 60 dalla piena conoscenza dell'atto o dalla sua notificazione, rimesso alla determinazione delle legislazioni nazionali, non ledeva i diritti di effettività della tutela giurisdizionale e che anzi tale termine garantiva la celerità e la certezza delle procedure concorsuali, in armonia con i principi dettati dalla direttiva 89/665.

Solo il governo francese faceva riferimento al comportamento dell'autorità aggiudicatrice, che se avesse contribuito all'inosservanza del termine di decadenza, allora doveva accordare all'interessato la possibilità di proporre ricorso anche dopo la scadenza del termine di decadenza. Ma nel caso di specie la ditta interessata alla partecipazione non poteva ignorare di introdurre nei termini un ricorso, sia pure a titolo precauzionale, contro il bando di gara, continuando semmai a discutere con l'autorità aggiudicatrice.

Va notato, infine, in queste annotazioni preliminari, che la sola Commissione delle Comunità Europee ave-

va evocato la possibilità della tutela delle posizioni soggettive, quando la controversia riguardava un appalto pubblico, indipendentemente dai termini previsti, e in particolare nei riguardi dei provvedimenti di esclusione e di aggiudicazione, in applicazione dei principi di efficacia e di rapidità dei ricorsi rivenienti dalla direttiva 89/665.

La Commissione pare non avesse invocato l'incerto principio della «disapplicazione» e l'incidenza del comportamento dell'amministrazione aggiudicatrice per farvi ricorso, senza peraltro accorgersi di quali conseguenze ne deriverebbero sul piano della certezza delle situazioni soggettive nell'affermata esigenza di tenere aperti i termini per l'impugnazione degli atti.

Fatte queste premesse occorre, a nostro avviso, dare un ordine alle diverse questioni rimesse alla Corte e da essa comunque tutte quante affrontate.

C'è da rilevare, così, in primo luogo, che la Corte non ha voluto seguire nella sua decisione - che pure proclama, sia pure implicitamente, la prevalenza dei principi dettati dall'ordinamento comunitario a favore del cittadino più in generale (2) - il criterio espresso dall'intervento in giudizio della Commissione, la quale sembra volesse privilegiare l'annullamento delle decisioni illegittime delle Amministrazioni aggiudicatrici in materia di appalti pubblici, indipendentemente dal rispetto dei termini dettati dai singoli ordinamenti nazionali per la loro impugnazione.

Ne sarebbe derivato non solo un contrasto con il suo orientamento consolidato (3), ma di più uno scardi-

#### Note:

(2) Il principio della preminenza del diritto comunitario sul diritto nazionale discende dalla diretta efficacia nell'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro degli artt. da 59 a 66 (ora degli artt. da 49 a 56) del Trattato istitutivo della Comunità europea (cfr. sentenza 4 aprile 1974, causa 177/73, *Commissione c. Francia*, in *Racc.*, 1974, 629).

(3) La Corte di Giustizia non si è mai spinta sino al punto di affermare l'obbligo (incondizionato) per il giudice nazionale di disapplicare i provvedimenti amministrativi interni contrastanti con il diritto comunitario: la Corte, infatti, pur rilevando il primato del diritto comunitario sui singoli ordinamenti interni, ha sempre fatto salvo il principio della riserva di legge nazionale in materia processuale, in forza del quale ciascuno Stato membro è libero di regolare (eventualmente anche attraverso la previsione di stringenti termini di decadenza) le forme di tutela dei diritti di fonte comunitaria, purché di questi ultimi sia garantita l'effettività (cfr. in tal senso la sentenza *Peterbroeck* in causa C-312/93, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1996, 688, che pure è giunta ad esiti analoghi a quelli della sentenza in commento, assumendo l'esistenza, nella fattispecie, di circostanze tali da rendere estremamente difficoltoso l'esercizio dei diritti di matrice comunitaria; cfr. altresì la sentenza *Van Schijndel*, in cause riunite C-430/93 e C-431/93, in *Giur. It.*, 1996, I, c. 1289; nonché la sentenza *Krajčeveld*, C-72/95, in *Giur. Dir. Arm.*, 1997, 632).

A ben vedere, neppure nella più recente sentenza *Ciola* (C-224/97, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1999, 1347) è dato rinvenire un obbligo in tal senso. Seppure in tale pronuncia si affermi che un provvedimento interno in contrasto con il diritto comunitario deve essere disapplicato dalla giurisdizione dello Stato membro «ancorché sia divenuto inoppugnabile», nondimeno la portata di tale affermazione appare ridimensionata dalla circostanza, rilevata dalla stessa Corte, per cui «la controversia non riguarda la sorte dell'atto amministrativo in sé, ma il problema di stabilire se tale atto deve essere disapplicato nell'ambito della valutazione di una sanzione

(segue)

namento del diritto processuale nazionale, con effetti negativi in tema di disponibilità dell'azione, del principio della domanda, di quello di certezza delle situazioni giuridiche (4), nonché di violazione degli stessi principi proclamati dalla direttiva presa in considerazione (89/665/CEE) e cioè di efficacia e di rapidità dei ricorsi (5).

Del resto tutto il ragionamento condotto dalla Corte per giungere alla dichiarazione di ricevibilità del ricorso principale si fonda sul controllo della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice, non tanto sulla base dei principi rivenienti dall'art. 22 della direttiva 93/36/CEE, recepita dall'ordinamento italiano per quanto riguarda la materia delle forniture pubbliche con l'art. 13 del D.Lgs. 358/1992 e relativi alle condizioni di partecipazione alle gare nel rispetto dell'effettiva concorrenza e del non favore per le posizioni dominanti, quanto piuttosto su quelli espressi dalla direttiva 89/665/CEE in materia di effettività, efficacia e celerità dei rimedi accordati contro le decisioni illegittime.

Anzi, smentendo la tesi propugnata dalla Commissione, la Corte conferma il suo già affermato indirizzo (sentenza 12 dicembre 2002 in causa C-470/99), per il quale la direttiva 89/665 non è di ostacolo né alla prefissazione di un termine ragionevole per impugnare le decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice, né alla concentrazione in un unico giudizio, con il rispetto del termine a pena di decadenza, di tutti i vizi rilevabili contro le decisioni illegittime.

Inoltre la decisione in commento conferma ancora che è compito degli ordinamenti nazionali definire le modalità relative ai termini di ricorso per assicurare la salvaguardia dei diritti conferiti dal diritto comunitario e che il termine di decadenza fissato in sessanta giorni, applicabile anche in materia di appalti pubblici secondo le leggi dello Stato italiano, si rivela *ex se* ragionevole sia sotto il profilo del raggiungimento degli obiettivi di cui alla direttiva 89/665, sia con riferimento al principio della certezza del diritto.

Cosicché, secondo la decisione, quel termine e quelle modalità di esercizio sono tali da non rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti accordati all'interessato, anche in materia di gare di appalto, dal diritto comunitario.

L'analisi per pervenire non tanto alla ragionevolezza del termine, che appunto in astratto viene affermata, ma all'effettivo rispetto dei principi comunitari, va condotta sulle circostanze di reale svolgimento della fattispecie, per valutare se esse hanno reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti garantiti alla tutela giurisdizionale contro le decisioni illegittime (6).

Cosicché non si può affermare che dalla decisione del caso emerga una sorta di principio incondizionato per cui «i giudici nazionali sono sempre tenuti a valutare d'ufficio la compatibilità di un provvedimento di diritto nazionale con una disposizione comunitaria, anche quando la questione non sia stata proposta o non sia

stata tempestivamente proposta nei termini di decadenza previsti dai diritti nazionali» (7).

Lo smentisce la comparazione della dedotta violazione dei principi della concorrenza e del non favore delle posizioni dominanti con il rispetto delle direttive sulle procedure di ricorso, piuttosto che con quella più sostanziale di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e più ancora la ricerca puntuale, nel caso, del comportamento dell'amministrazione aggiudicatrice, in concreto per verificare se esso avesse creato uno stato di incertezza in ordine all'interpretazione da dare alla clausola del bando, che pure si poneva in contrasto con l'ordinamento comunitario e con quello nazionale che lo aveva recepito (8).

Nonostante quello che si è detto, i punti deboli della decisione della Corte ci paiono riscontrabili, da un lato, nella fragilità dell'analisi circa il comportamento dell'amministrazione che avrebbe ingenerato l'affermata incertezza circa l'interpretazione della clausola lesiva del bando, sia nel ricorso al principio della disapplicazione, che negato come regola generale in materia prettamente processuale, riemerge con un richiamo improprio all'art. 5 della legge nazionale abolitrice del contenzioso amministrativo.

Circa il primo punto, emergeva dalla stessa ordinanza di remissione del TAR Lombardia, che di fronte alle rimostranze espresse dall'impresa interessata a partecipare alla gara nei confronti di un bando, che chiaramente le precludeva la partecipazione, la Commissione di gara (e non propriamente l'Amministrazione aggiudicatrice) rinviava l'apertura delle buste e

#### Note:

(segue nota 3)

inogara». Questo schema è dunque simile a quello operante all'interno del nostro ordinamento, che permette al giudice penale la disapplicazione dell'atto amministrativo considerato illegittimo nell'ambito dell'applicazione di una sanzione penale.

(4) È appunto a presidio di tali valori, e di quelli della tutela dell'affidamento dei privati controinteressati e del buon andamento della p.a., che appare preordinato il (breve) termine decadenziale per l'impugnazione dei provvedimenti amministrativi previsto dagli artt. 36 T.U. Cons. Stato e 21 legge TAR.

(5) Si tratta di principi che, relativamente all'aggiudicazione di appalti pubblici, risultano recepiti anche nel nostro ordinamento (cfr. art. 23-bis L. 1034/1971, introdotto dall'art. 4 L. 205/2000).

(6) È questo un primo limite al principio della riserva di legge nazionale in materia processuale: è, infatti, necessario che la (applicazione della) disciplina processuale nazionale non renda impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario. L'altro limite - peraltro privo di rilievo nel caso in esame - è quello per cui le situazioni giuridiche soggettive di diritto comunitario debbono fruire dello stesso tipo di tutela accordato da ciascun ordinamento nazionale alle situazioni giuridiche nazionali: c.d. divieto di discriminazione. Entrambe tali «eccezioni» appaiono, comunque, riconducibili al più generale principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti di fonte comunitaria.

(7) E. M. Barbieri, *Poteri del giudice amministrativo e diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1996, 695.

(8) In questo senso: G. Morbidelli, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1997, 691-695.

chiedeva l'invio di documentazione integrativa, ritenendo così che la clausola del bando potesse interpretarsi come riferita al fatturato complessivo delle imprese e non alla fornitura di prodotti identici a quelli richiesti. Ma di fronte al richiamo della controinteressata di rispettare le previsioni del bando, la U.S.L., accogliendo il rilievo, richiedeva ai partecipanti di integrare la documentazione già inoltrata con la dichiarazione del fatturato relativo alla fornitura di prodotti identici, dando chiaramente ad intendere di volersi così attestare sulle disposizioni del bando.

Al ricevimento di tale lettera erano aperti i termini se non altro per la proposizione del ricorso straordinario.

Che ad una valutazione complessiva dell'ordinamento nazionale e dell'indirizzo consolidato di immediata impugnazione delle clausole del bando, direttamente lesive perché preclusive della partecipazione alla gara (9), ostasse la dichiarazione della Commissione di gara, subito smentita da una successiva lettera dell'Amministrazione, è fortemente da evocarsi in dubbio.

Anche perché quel comportamento doveva fare i conti con la *lex specialis* costituita dal bando e con l'affidamento da essa ingenerato nel controinteressato, che avrebbe potuto sempre sollevare, agli esiti dell'aggiudicazione, l'ammissione di un concorrente privo dei requisiti previsti dal bando.

Né il comportamento poteva interpretarsi come generatore di un'aspettativa all'esercizio dei poteri di autotutela, che non solo non erano neppure enunciati, ma per essere efficaci e capaci di tenere sul principio dell'interesse pubblico avrebbero dovuto essere spesi immediatamente e non agli esiti dell'aggiudicazione, per non recedere di fronte al criterio della comparazione degli interessi.

È vero che la Corte ha rimesso, infine, la valutazione del comportamento che avrebbe reso impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione dei principi comunitari dell'effettività della tutela giurisdizionale in materia di procedura di aggiudicazione al giudice *a quo*, ma essa stessa ha finito per ritenerlo tale, s'intende sulla base degli atti rimessi, non limitandosi così ad una mera enunciazione puramente astratta dei principi affermati (10). Tuttavia la particolare debolezza della fattispecie impeditiva (11) fa fortemente dubitare, se non - come si è dimostrato - alla disattenzione dell'ordinamento processuale nazionale, alla forza del principio della disapplicazione sempre evocato per risolvere i problemi di antinomia delle fonti normative (12) e qui, a ben vedere, assunto come criterio di assoluta prevalenza dell'ordinamento comunitario sostanziale.

Allora bisogna domandarsi se risulta corretto o meglio condivisibile richiamare il principio della disapplicazione in materia di clausola immediatamente lesiva, perché impeditiva della partecipazione alla gara, contenuta nel bando di gara, sia pure quasi surrettiziamente temperata da un comportamento che ne ha reso incerta

l'interpretazione e soprattutto invocare il ricorso all'art. 5 della legge nazionale 20 marzo 1865 n. 2248 abolitrice del contenzioso amministrativo.

Ma il principio della disapplicazione, pur di incerto contenuto proprio per le diverse opinioni espresse in dottrina e in giurisprudenza, lungi, quindi, dallo stato dall'essere ricomposto in un sistema unitario, se non vuole assumere carattere assoluto tale da sconvolgere l'ordinamento processuale nazionale (13) e gli stessi principi

#### Note:

(9) La necessaria impugnazione delle (sole) clausole preclusive della partecipazione alla gara è stata, da ultimo, affermata da Cons. Stato, Ad. Plen., 29 gennaio 2003, n. 1, in questa *Rivista*, 2003, 547, con nota di F. Martinelli.

(10) A tale proposito va ricordato che «le sentenze pregiudiziali di interpretazione vincolano il giudice del rinvio ad applicare la norma comunitaria come interpretata dalla Corte, disapplicando all'occasione la norma interna in contrasto» (così G. Stozzi, *Diritto dell'unione europea - parte istituzionale*, 2001, 328).

(11) La propensione ad assumere - quali elementi ostativi all'esercizio dei diritti comunitari - circostanze, in sé, non particolarmente significative (almeno secondo il diritto interno) costituisce un dato costante della giurisprudenza comunitaria. Una particolare «fragilità» della fattispecie impeditiva è infatti riscontrabile anche nella sentenza *Peterbroeck* in causa C-312/93 (in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1996, 688): in tal caso era accaduto che, nel corso di un procedimento giudiziario tempestivamente proposto, la società *Peterbroeck*, ricorrente, avesse presentato un motivo aggiunto di ricorso fondato sul diritto comunitario quando, tuttavia, era ormai trascorso il termine decadenziale di sessanta giorni che la legge interna faceva decorrere dalla data di deposito del provvedimento impugnato. Ebbene, la Corte di giustizia, pur ribadendo che un termine di sessanta giorni per la proposizione di motivi di ricorso non contrasta con i principi comunitari, nondimeno ha affermato che, nel caso di specie, sussistevano circostanze tali da rendere eccessivamente difficoltoso il rispetto di tale termine. Ove, tuttavia, si passi all'esame di tali pretesi motivi di impedimento (formulati ai par. 17, 18, 19 della sentenza), pare di poter dire che essi non fossero idonei a giustificare le conclusioni della Corte. Con il primo motivo si rileva che la Corte d'appello remittente era il primo giudice che poteva sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia; il secondo profilo attiene al fatto che il termine di 60 gg era già decorso ancor prima che si svolgesse l'udienza pubblica dinanzi al giudice nazionale (senonché, non è chiaro come ciò abbia potuto impedire od ostacolare l'esercizio del relativo diritto); la terza peculiarità riguarda la assenza di un altro giudice nazionale in grado di rilevare d'ufficio, nell'ambito di un ulteriore procedimento, la legittimità comunitaria del provvedimento impugnato. Quale che possa essere il rilievo processuale da dare a tali questioni, non pare che in esse vi sia alcunché di specifico che potesse giustificare la soluzione adottata dalla Corte. Sul punto v. E. M. Barbieri, *Poteri del giudice amministrativo e diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1996, 692.

(12) Cfr. A. Romano, *Osservazioni sull'impugnativa dei regolamenti*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1955, 699 ss.; nonché V. Baccarini, *Il Consiglio di Stato folgorato sulla via della disapplicazione dei regolamenti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1994, 569 ss.

(13) Sui rapporti, non sempre perspicui, intercorrenti tra l'ordinamento comunitario e gli atti amministrativi interni si veda: G. Greco, *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, 1997, p.g., 555 ss., nonché dello stesso autore, *Fonti comunitarie e atti amministrativi nazionali*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1991, 33 ss.; Rossolini, *Conflitto tra diritto comunitario e provvedimento amministrativo*, in *Dir. com. e scambi internaz.*, 1991, 19 ss.; Picozza, *Azione riflessiva circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano*, in *Foro Amm.*, 1993, 469 ss.; E. M. Barbieri, *Diritto comunitario ed istituti generali del diritto amministrativo nazionale*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1994, 11 ss.; G. Cocco, *Le «liasons dangereuses» tra norme* (segue)

della direttiva 89/665, come la Corte non vuole neanche nella sentenza in commento, non può prescindere da alcuni punti di riferimento in cui lo colloca la legislazione dello Stato nazionale di riferimento.

Per questo nella decisione della Corte appare improprio il richiamo all'art. 5 della L. 2248/1865 (14).

Lo avverte in qualche modo anche l'elaboratissima ordinanza del giudice *a quo*, laddove rileva la difficoltà dell'applicazione d'ufficio del diritto comunitario, sia pure attraverso la disapplicazione di atti amministrativi e di regolamenti contrastanti con le norme comunitarie, in un ordinamento come il nostro, che vincola il giudice al rispetto del principio della domanda e ai motivi addotti per l'annullamento dell'atto.

È vero che il TAR della Lombardia insiste sul dato che, per superare le autonomie nazionali e ricondurre ad unità l'applicazione conforme di ogni principio che le direttive comunitarie impongono alle legislazioni degli Stati, occorre proprio utilizzare il criterio della disapplicazione, ma su questa insistenza non si avvede che la norma violata non è tanto il principio di diritto sostanziale comunitario, ma l'ordinamento processuale nazionale che è posto a tutela del diritto di azione, della sua disponibilità e quindi della certezza e dell'efficacia dei provvedimenti giurisdizionali, anch'essi garantiti dal diritto comunitario, ponendo i principi di effettività e celerità dei ricorsi.

Insomma la disapplicazione della norma del bando, immediatamente lesiva e non tempestivamente impugnata, non si pone tanto a presidio di un principio comunitario di corretta concorrenza, ma piuttosto ingenera la violazione della norma processuale di certezza, tempestività, efficacia e parità della tutela giurisdizionale.

Sul principio della c.d. disapplicazione, definito dalla stessa dottrina «incerto», perché di per sé non evoca concetti univoci, occorre, quindi, porre qualche distinzione.

In un primo tempo della disapplicazione se ne è parlato con riferimento esclusivo alle fonti primarie nel loro rapporto di antinomia con il diritto comunitario.

Dal rapporto di prevalenza a seconda del criterio temporale (Corte Cost. 14/1964), a quello di prevalenza delle norme comunitarie sul diritto interno, rinvocabile quest'ultimo solo a seguito di dichiarazione di incostituzionalità da parte della Corte Costituzionale (Corte Cost. n. 232/1975), si è definitivamente approdati alla prevalenza del diritto comunitario, con diretta disapplicazione del diritto interno con esso contrastante da parte di ciascun giudice ed amministrazione chiamati ad applicarlo (Corte Cost. 170/1984) (15).

Tale principio può dirsi ormai acquisito da parte dei diversi ordinamenti, come del resto sanciscono univocamente sia la Corte di Giustizia, sia le massime magistrature nazionali (16).

Diversi concetti richiama, invece, il riferimento all'art. 5 della L. 20 marzo 1865 n. 2248, allegato E (17).

Come noto tale legge, nel quadro dell'abolizione dei tribunali del contenzioso amministrativo e nel deferire

le controversie relative alla violazione dei diritti civili e politici, ancorché fossero parte le pubbliche amministrazioni, alla giurisdizione ordinaria, statuiva che gli atti amministrativi provvedimenti o a carattere generale (regolamenti), che si sovrapponevano alla tutela dei diritti soggettivi, potevano essere dal giudice ordinario «disapplicati» in relazione al caso deciso, evidentemente in mancanza di poteri di annullamento di tali atti, che nel contesto della legge rimanevano affidati alla stessa pubblica amministrazione.

Cosicché in questo sistema tradizionale, alla giurisdizione generale di legittimità, esercitata dal Consiglio di Stato e poi dai TAR, non era consentito di disapplicare né gli atti amministrativi, né i regolamenti, tanto quelli immediatamente lesivi (c.d. volizione-azione), quanto quelli lesivi solo dopo l'atto applicativo (c.d. volizione-preliminare) (18), perché contrastanti con il carattere

#### Note:

(segue nota 13)

comunitarie, norme interne e atti amministrativi, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1995, 673 ss.; V. Stigliani, *Atti amministrativi nazionali e norme comunitarie*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1999, 1413 ss.; C. Leone, *Diritto comunitario ed atti amministrativi nazionali*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2000, 1174 ss. Più in generale, i rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamenti nazionali sono stati esaminati da G. Greco, *Rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, 1997, p.g., 399 ss.; G. Cocco, *Una convivenza voluta ma sofferta: il rapporto tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1991, 641 ss.; S. Cassese, *L'influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1993, 330 ss.; Adinolfi, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli stati membri*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1994, 521 ss.

(14) In effetti, il richiamo all'art. 5 L.A.C. contenuto nel dispositivo della sentenza in commento (secondo cui «spetta al giudice a quo assicurare il rispetto del principio di effettività [...] ricorrendo, se del caso, alla possibilità derivante secondo il suddetto giudice dall'art. 5 della legge n. 2248/1865, di disapplicare le norme nazionali di decadenza che disciplinano tali impugnazioni») pare essere il frutto di una errata conoscenza ed interpretazione da parte del giudice comunitario del diritto interno nazionale, posto che, come noto, l'istituto contemplato dall'art. 5 L.A.C. consente esclusivamente di disapplicare provvedimenti aventi natura amministrativa, ancorché di carattere normativo/regolamentare, e non anche - come invece sembrerebbe sottintendere la Corte di giustizia - norme di legge ordinaria.

(15) L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto interno è ben riassunta da B. Conforti, *Diritto internazionale*, V ed., 330 ss.

(16) V. Corte CE 8 giugno 2000, n. 258, in *Studiann. Occ.*, 2000, 805; Cons. Stato, sez. VI, 2 febbraio 2001, n. 430, in *Foro Amm.*, 2001, 540; Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2002, n. 505, in *Foro Amm. Cons. Stato*, 2002, 116; Cass., sez. trib., 10 dicembre 2002, n. 17564, in *Giust. Civ. Mass.*, 2002, fasc. 12.

(17) Tra gli studi, innumerevoli, in tema di disapplicazione si segnalano quelli classici di Cannada Bartoli, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950; L. Piccardi, *Sulla «disapplicazione» degli atti amministrativi*, ora in *Studi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1968, 199 ss.; Stella Richter, *L'impugnabilità*, Milano, 1970; R. Villata, *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano, 1980.

(18) La celebre distinzione tra regolamenti volizione-azione e regolamenti volizione-preliminare risale a A. Romano (*Osservazioni sull'impugnativa dei regolamenti della pubblica amministrazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1955, 899 ss.).

impugnatorio del giudizio amministrativo e con la perentorietà dei termini di decadenza entro cui atti e regolamenti devono essere impugnati.

Discorso diverso anche allora doveva farsi qualora il giudice amministrativo fosse chiamato in sede di giurisdizione esclusiva a pronunciare su posizioni di diritto soggettivo, senza termini di decadenza, senza esercitare poteri di annullamento, ma dando una tutela di accertamento e di condanna: in questo caso, quindi, non poteva esserci nessuna preclusione a valersi del potere di disapplicazione di atti amministrativi e di regolamenti alla stessa maniera del giudice ordinario.

Le critiche della dottrina a questo stato di cose e l'evoluzione del sistema hanno condotto la stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato ad una revisione dell'impostazione tradizionale, così da ammettere, anche in tema di giudizio su interessi legittimi, che la disapplicazione è possibile quando oggetto di impugnazione sia un atto amministrativo violativo di un regolamento illegittimo, che di per sé non è immediatamente lesivo (19).

Rimane, peraltro, nel giudizio di legittimità immutato l'onere di tempestiva impugnazione dei regolamenti immediatamente lesivi o, come si dicono, di violazione, perché a ben vedere essi nascondono un vero e proprio provvedimento amministrativo, in quanto tale soggetto alle regole di impugnazione e non di disapplicazione da parte del giudice amministrativo.

Che dire, infine, dei bandi di gara e delle norme di essi immediatamente lesive (20)?

Il Consiglio di Stato ha ripetutamente affermato, da ultimo anche con recentissima decisione dell'Adunanza Plenaria, che «l'onere di immediata impugnazione delle clausole del bando di gara o di concorso o della lettera di invito a prendere parte ad una procedura selettiva, debba essere limitato esclusivamente a quelle concernenti i requisiti di partecipazione alla medesima procedura selettiva» (21).

Se da un lato, quindi, l'Adunanza Plenaria ha temperato il criterio di immediata impugnazione del bando, riducendolo alle clausole concernenti i requisiti di partecipazione, contro recenti orientamenti che tendevano ad allargarlo fino a ricomprendervi la clausola relativa ai criteri di scelta del contraente e al *modus procedendi* fissato per il funzionamento della commissione aggiudicatrice (22), dall'altro pare aver chiuso verso interpretazioni più liberali o meno rigorose (ma questo non limita il giudizio sulla loro incidenza negativa sul sistema processuale e alla fine sulla certezza dell'ordinamento processuale), che avrebbero potuto condurre a qualificare il bando come atto a contenuto regolamentare e come tale sempre disapplicabile in sede di impugnazione dell'atto applicativo lesivo, anche in sede di giurisdizione sugli interessi legittimi.

Del resto il T.A.R. Lombardia, sez. III, si era posto su questo piano con la sentenza 354 del 2 aprile 1997 (23), ma aveva incontrato la resistenza del Consiglio di Stato, che tale decisione aveva annullato (24),

con un ragionamento basato su concetti acquisiti e che francamente ci sentiamo di condividere.

Il potere di disapplicare da parte del giudice amministrativo l'atto della pubblica amministrazione dipende dalla natura della posizione garantita dall'ordinamento giuridico, opera cioè solo quando tale posizione assume la valenza di diritto soggettivo perfetto e l'ordinamento non attribuisce all'amministrazione nessun potere di degradarlo. Allora tale giudice opera come il giudice ordi-

#### Note:

(19) La possibilità per il g.a. di disapplicare l'atto regolamentare illegittimo è stata inaugurata da Cons. Stato, sez. V, 26 febbraio 1992, n. 154, in *Giur. It.*, 1993, III, c. 653; tale decisione è poi stata seguita da Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 1996, n. 222, in *Foro Amm.*, 1996, 488; più di recente v. Cons. Stato, sez. V, 10 marzo 1999, n. 231, in *Foro Amm.*, 1999, 688; Cons. Stato, sez. VI, 12 aprile 2000, n. 2183, in *Foro Amm.*, 2000, 1362.

In dottrina si veda: E. Cannada Bartoli, *Disapplicazione d'ufficio di norma regolamentare illegittima*, nota a Cons. Stato, sez. V, 26 febbraio 1992, n. 154 in *Giur. It.*, 1993, III, 653; Baccarini, *Disapplicazione dei regolamenti nel processo amministrativo: c'è qualcosa di nuovo oggi nel sole, anzi d'antico*, in *Foro Amm.*, 1993, 1545 ss., secondo cui «non occorre la doppia impugnazione, ma solo quella dell'atto applicativo. Il regolamento deve essere conosciuto incidentalmente. La tecnica utilizzata non è quella della disapplicazione, ma della invalidazione»; G. Morbidelli, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1997, 661 ss.; G. Romeo, *La disapplicazione dei regolamenti illegittimi: una pratica giudiziale dagli esiti incerti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, 15; C. Ferrari - M. Airolidi, *La disapplicazione del regolamento da parte del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, 241 ss.; l'ampio lavoro di D. F. G. Trebastoni, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, in *Foro Amm.*, 2000, 676 ss. (parte I) e 1119 ss. (parte II); F. Ancora, *La disapplicazione da parte del g.a.: disapplicazione provvedimento e disapplicazione normativa*, in *Giur. Merito*, 2000, 942; nonché da ultimo D. Cascione, *Disapplicazione, normativa e provvedimento*, ad opera del *Giudice amministrativo e pubblica amministrazione*, in *Foro Amm. TAR*, 2002, 282 ss. Per uno sguardo d'insieme, estremamente sintetico ma efficace, si veda invece F. Caringella, *Il Diritto Amministrativo*, Napoli, 2002, 87 ss.

(20) 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.

Sulla disapplicabilità, in particolare, dei bandi di gara (e più in generale dei provvedimenti amministrativi) contrastanti con il diritto comunitario v. E. M. Barbieri, *Poteri del giudice amministrativo e diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1996, 692 ss.; E. Chiti, *Il potere del giudice nazionale di sollevare d'ufficio le questioni di diritto comunitario*, in *Giur. Dir. Com.*, 1997, 633 ss.; M. Antonioli, *Inoppugnabilità e disapplicabilità degli atti amministrativi*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1999, 1362; E. M. Barbieri, *Ancora sulla disapplicazione di provvedimenti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2000, 149; A. Crisafulli, *Disapplicazione di bando di gara: tra Corte di giustizia e giurisdizione esclusiva*, nota a T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, ord., 8 agosto 2000, n. 234, in questa *Rivista*, 2000, 1243 ss.

(21) Cons. Stato, Ad. Plen., 29 gennaio 2003, n. 1, cit.

(22) In tal senso per es.: Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 1999, n. 302, in *Foro Amm.*, 1999, 703.

(23) In questa *Rivista*, 1997, 1138 e ss. con nota di A. Crisafulli.

(24) Cons. Stato, sez. IV, 27 agosto 1998, n. 568, in questa *Rivista*, 1999, 530, con nota di A. Crisafulli, *Disapplicazione del bando di gara in contrasto con norme sovraordinate*.

nario, conosce del rapporto sostanziale dedotto in giudizio, indipendentemente dall'esistenza dell'atto. Siamo, insomma, di fronte ad atti paritetici, che non debbono essere annullati, ma vanno piuttosto prescritti i comportamenti necessari a ricondurre alla legalità la condotta dell'Amministrazione, disattendendo gli atti posti in essere e ripristinando le posizioni soggettive violate.

Allora la disapplicazione cosiddetta normativa è possibile solo quando la norma - legislativa o regolamentare -, che si assume violata, regoli essa direttamente il rapporto, instaurando così situazioni di diritto perfetto e non di interesse legittimo.

Ma nel processo amministrativo la disapplicazione incide meno di fronte ad atti che hanno carattere autoritativo e quindi provvedimento, ove il rapporto non è regolato direttamente dalla legge, ma tramite l'esercizio del potere che la legge conferisce all'Amministrazione. In questo caso il sindacato giurisdizionale si esercita sulle modalità con le quali il rapporto è stato regolato in via autoritativa dall'amministrazione ed «esso non può spingersi sino al punto di disattendere, anche con lo strumento della disapplicazione, un assetto di interessi ormai divenuto definitivo per la generalità dei soggetti, una volta scaduto il tempo prescritto per la sua impugnazione. Il divieto della disapplicazione cosiddetta provvedimento per il giudice amministrativo deriva, pertanto, dall'assetto concreto del rapporto, che non è dettato in via primaria dalla legge, ma dall'Amministrazione nell'esercizio di una sua potestà discrezionale» (25).

Che il bando di gara sia da qualificare come manifestazione di volontà provvedimento e non come atto regolamentare o normativo è generalmente riconosciuto, per cui le norme di esso immediatamente lesive devono essere impuginate negli stretti termini decadenziali (26).

È vero che lo stesso TAR della Lombardia, con un'ordinanza elaboratissima ed apprezzabile per completezza del ragionamento e degli argomenti trattati, ha spostato l'angolo di visuale dal carattere regolamentare o comunque normativo del bando, al suo valore provvedimento, premendo sulla sua possibile disapplicazione se in contrasto con l'ordinamento comunitario, come del resto avviene anche di fronte al giudice amministrativo, quando si verte in materia di diritti soggettivi perfetti.

Ma ha avvertito anche il problema se non fosse ravvisabile in materia di disapplicazione di bandi di gara, immediatamente lesivi, un contrasto «con una norma imperativa fondamentale dell'ordinamento nazionale», tanto che ha temperato l'atto di remissione con una certa asserita eccezionalità del caso, ove sarebbe stato reso impossibile o difficilmente esercitabile il potere di impugnativa immediata di un atto lesivo (la clausola del bando) dal comportamento incerto, se non addirittura di affidamento dell'Amministrazione, tanto da non consentire la tutela contro la violazione di un principio car-

dine dell'ordinamento comunitario dato dal rispetto delle regole di libera concorrenza e di non favore verso le posizioni dominanti.

La Corte di Giustizia, decidendo il caso, ha il merito di non aver affermato apoditticamente la violazione dell'ordinamento comunitario e su tale assunto di non aver assecondato il potere di disapplicazione, ma di aver ricondotto il caso nel quadro dell'ordinamento processuale nazionale, peraltro dichiarato legittimo proprio ai sensi della direttiva 89/665/CEE.

È, invece, assai discutibile il richiamo alla legge nazionale 2248/1865, che l'avrebbe dovuta portare a ritenere non invocabile nel caso di specie il potere di disapplicazione, perché contrario alle regole di effettività e di certezza della situazione soggettiva tutelata, tranne affermare un principio di eccezionalità della disapplicazione stessa per il prevalere del diritto sostanziale comunitario, quando l'Amministrazione con il suo comportamento elude la possibilità di tutela contro gli atti confliggenti, che peraltro un serio approfondimento del caso avrebbe dovuto condurre a negarne l'esistenza nella fattispecie oggetto di remissione.

#### Notes:

(25) Cons. Stato, sez. IV, 27 agosto 1998, n. 568, cit.

(26) In questi esatti termini: Cons. Stato, sez. IV, 27 agosto 1998 n. 568, cit., secondo cui «il bando di gara è riconducibile a manifestazione di volontà provvedimento e non ad atto regolamentare»; nonché 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)». La non disapplicabilità dei bandi di gara è stata, da ultimo, ribadita anche dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2003, su questo stesso numero, «secondo cui «al giudice amministrativo non è dato di poter disapplicare atti amministrativi non regolamentari».