

La *lex specialis* è più forte delle norme successive

Le stazioni appaltanti sono obbligate ad applicare le norme fissate nel bando

Il Consiglio di Stato, decisione numero 4752 del 18 settembre 2002, afferma che l'assoluta superiorità della *lex specialis* del bando di gara rispetto a successive norme nonché considera di stretta interpretazione le prescrizioni di bando e di disciplinare in materia di esclusione dalle gare per l'aggiudicazione dei contratti della Pubblica Amministrazione

La controversia prende spunto dalla questione se debba essere escluso dalla gara d'appalto per lavori pubblici il concorrente che non abbia prodotto il certificato del casellario giudiziale o dei carichi pendenti ai sensi dell'art. 75 del decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554 (nel testo introdotto dall'articolo del decreto del Presidente della Repubblica 30 agosto 2000, n. 412), ma si sia limitato a presentare dichiarazione sostitutiva giusta quanto dispone l'art. 46 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445.

Il supremo giudice amministrativo conferma l'esclusione della ditta attuata nel giudizio di primo grado, considerando la legittimità delle prescrizioni di bando e di disciplinare, riconducendo il principio giurisprudenziale secondo il quale il bando è atto amministrativo a carattere normativo, *lex specialis* della procedura, rispetto alla quale l'eventuale *jus superveniens* di abrogazione o di modifica di clausole non ha effetti innovatori.

Dello stesso parere, Consiglio di Stato, 16 novembre 2001, n. 5843 : “(...) non assume rilievo, ai fini del decidere, la disciplina comunitaria introdotta con decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, in attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti di servizi, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 104 del 6 maggio 1995 e entrato in vigore il successivo quindicesimo giorno, cioè circa dieci giorni dopo l'emissione del bando di gara, per cui è controversia, che data 11 maggio 1995: infatti, in sede di gara indetta per l'aggiudicazione di un contratto, la Pubblica amministrazione è tenuta ad applicare le regole fissate nel bando, atteso che questo, unitamente alla lettera d'invito, costituisce la *lex specialis* della gara e non può essere disapplicato nel corso del procedimento, neppure nel caso in cui talune delle regole in essa contenute risultino non più conformi allo *jus superveniens* (C.d.S., V, 11 maggio 1998, n. 224) (...)”

a cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione ANNO 2001

ha pronunciato la seguente

decisione

Sul ricorso in appello n. 11065/2001 del 22/11/2001, proposto da \*\*\*\*

contro

\*\*\*\* S.R.L.

COMUNE DI PESCINA non costituitosi;

per la riforma

della sentenza del TAR ABRUZZO - L'AQUILA n.617/2001, resa tra le parti, concernente APPALTO LAVORI DI CONSOLIDAMENTO E RISANAMENTO FIUME ;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art.23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n.1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n.205;

Visto il dispositivo di sentenza n. 120/02 del 20/02/02;

Alla pubblica udienza del 19 Febbraio 2002 , relatore il Consigliere Cons. Filoreto D'Agostino ed uditi, altresì, gli avvocati Clarizia e Camerini ;

Ritenuto in fatto

Viene in decisione l'appello proposto avverso la sentenza in epigrafe indicata con la quale il Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo – sede de L'Aquila ha accolto il ricorso dell'odierna appellata diretto all'annullamento delle operazioni della commissione giudicatrice della gara di appalto per i lavori di consolidamento e risanamento del fiume Giovereco, bandita dal Comune di Pescara, e in particolare dei verbali delle sedute n. 1 del 16 marzo 2001 e n. 2 del 4 aprile 2001, nella parte in cui i lavori sono stati provvisoriamente aggiudicati a \*\*\*\* s.r.l. in proprio e quale mandataria ATI \*\*\*\* s.n.c..

Si è costituita la parte vittoriosa in primo grado, che ha chiesto la conferma dell'impugnata pronuncia.

All'udienza del 19 febbraio 2002 parti e causa sono state assegnate in decisione.

Considerato in diritto

L'appello è infondato.

La questione sottoposta allo scrutinio della Sezione può essere così sintetizzata: se debba essere escluso dalla gara d'appalto per lavori pubblici il concorrente che non abbia prodotto il certificato del casellario giudiziale o dei carichi pendenti ai sensi dell'art. 75 del decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554 (nel testo introdotto dall'articolo del decreto del Presidente della Repubblica 30 agosto 2000, n. 412), ma si sia limitato a presentare dichiarazione sostitutiva giusta quanto dispone l'art. 46 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445.

In realtà, il problema interpretativo proposto nell'appello (e ampiamente argomentato hinc et inde) non può essere affrontato in questa sede perché la prescrizione del bando (al punto n. 15) e del disciplinare di gara implica una decisione che prescinde dalla soluzione di quel quesito.

Il bando di gara stabiliva la non ammissione dei soggetti privi dei requisiti generali di cui all'articolo 75 del d.P.R. n. 554 del 1999 (punto 15) e il successivo disciplinare disponeva che “nella busta A” dovesse essere contenuto, a pena l'esclusione, il certificato del casellario giudiziale o dei carichi pendenti per ciascuno dei soggetti indicati dall'art. 75 comma 1, lett. b e c.

La legittimità di tali clausole è stata contestata dall'odierna appellante con ricorso incidentale in primo grado, riproposto come doglianza in appello.

Il ricorso incidentale era, tuttavia, irricevibile in quanto proposto ben oltre i termini decadenziali dalla piena conoscenza delle clausole lesive, sicuramente note alla parte prima del 16 marzo 2001 (data della prima seduta della Commissione giudicatrice). Il ricorso incidentale, infatti, è stato notificato solo in data 27 giugno 2001.

Ne consegue che la doglianza, riproposta come autonomo motivo d'appello, non può essere esaminata poiché non poteva formare oggetto, stante la dichiarata irricevibilità, del thema decidendum di primo grado.

Il quesito, sgombrato il campo dalla problematica la legittimità delle prescrizioni di bando e di disciplinare, va perciò ricondotto al principio giurisprudenziale secondo il quale il bando è atto amministrativo a carattere normativo, lex specialis della procedura, rispetto alla quale l'eventuale jus superveniens di abrogazione o di modifica di clausole non ha effetti innovatori, come ribadito da questa Sezione con decisione 15 novembre 2001, n. 5843, alle cui osservazioni è sufficiente rinviare giusta il disposto dell'art. 9 della legge 21 luglio 2000, n. 205.

Ne consegue che, essendo le prescrizioni di bando e di disciplinare in materia di esclusione dalle gare per l'aggiudicazione dei contratti della Pubblica Amministrazione di stretta interpretazione (attese le gravi conseguenze sanzionatorie derivanti dalla loro applicazione: C.d.S. VI, 26 luglio 2001, n. 4116), l'offerta dell'appellante doveva essere necessariamente esclusa.

Soccorrono motivi per compensare le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quinta respinge l'appello.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma addì 19 febbraio 2002 dal Consiglio di Stato – Sezione Quinta DEPOSITATA IN SEGRETERIA 18/09/2002..