

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria - Sentenza 23/07/2004 n. 9  
legge 109/94 Articoli 1, 20 - Codici 1.1, 20.1

Per determinare la normativa applicabile per una gara d'appalto in linea di principio ha senz'altro rilievo il bando. Questo, infatti, deve richiamare la fonte normativa su cui si fonda, poiché: 1) ab initio devono essere chiare le disposizioni applicabili, per gli aspetti da esso non presi in considerazione; 2) l'impresa interessata può così valutare se partecipare e formulare l'offerta ovvero se impugnare l'atto di indizione, se questo - in ipotesi - le precluda la partecipazione, con un erroneo richiamo alla normativa di settore. Ove l'obbligo sia rispettato, nel corso del procedimento di scelta del contraente e in sede giurisdizionale va applicata la normativa richiamata nel bando (salvo il caso in cui, sussistendone i presupposti, sia fondatamente contestata la stessa legittimità del richiamo alla normativa di settore). Ove il bando, invece, non richiami la fonte normativa su cui si fonda, tale irregolarità comporta che in sede giurisdizionale si deve tenere conto dello specifico oggetto dell'appalto, per accertare la disciplina applicabile e le sue implicazioni sostanziali e processuali. L'obbligo di indire una gara continua a sussistere anche quando il soggetto, che vi è tenuto, intenda concludere un contratto avente per oggetto un quid pluris rispetto alle prestazioni per le quali è prescritta l'indizione della gara. Questo principio - fondamentale per evitare l'elusione della applicazione della normativa pubblicistica - va rimarcato nel settore degli appalti di rilievo comunitario, poiché l'obbligo della gara non viene meno se, nella prassi nazionale, il soggetto tenuto a indire la gara intenda acquisire - con un contratto unitario - prestazioni ulteriori, rispetto a quelle da realizzare nel rispetto della normativa pubblicistica. In materia, non rileva il confronto tra il valore economico delle prestazioni per le quali è indefettibile la gara e il valore economico delle prestazioni "ulteriori", poiché la regola della gara non viene meno in conseguenza delle determinazioni del soggetto che è tenuto a bandirla: non importa il nomen iuris o l'atipicità del contratto da concludere (cfr. Corte di Giustizia delle Comunità europee, 12 luglio 2002, C. 399/98; Cons. Stato, Sez. VI, 24 settembre 2001, n. 5007; Sez. V, 20 dicembre 1996, n. 1577; Sez. V, 4 novembre 1994, n. 1257; Sez. II, 11 dicembre 1991, n. 1221/91; Sez. II, 11 dicembre 1991, n. 1208/91; Sez. II, 19 giugno 1991, n. 570/91). L'obbligo di indire la gara - relativa ad un appalto comunitario - continua a sussistere anche quando il soggetto che vi è tenuto non svolge direttamente le relative attività organizzative e di gestione, ma - sulla base di un contratto o di un titolo equivalente - ne affida lo svolgimento ad un altro soggetto (Cons. Stato, Sez. VI, 24 settembre 2001, n. 5007; Sez. V, 20 dicembre 1996, n. 1577; Sez. V, 4 novembre 1994, n. 1257; Sez. II, 11 dicembre 1991, n. 1221/91; Sez. II, 11 dicembre 1991, n. 1208/91; Sez. II, 19 giugno 1991, n. 570/91).