

## **Il termine per impugnare l'esclusione dalla gara decorre dalla sua comunicazione nella seduta pubblica**

*di Giorgio Giuliano*

*Data di pubblicazione: 10-1-2014*

Consiglio di Stato, Sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6284

Presidente FF Poli; Estensore Durante

*Nelle gare d'appalto, la comunicazione di esclusione dalla gara disposta dalla commissione aggiudicatrice nel corso di una seduta pubblica è di per sé idonea a mettere l'interessato nelle condizioni di conoscere il provvedimento. E' dalla data della seduta, pertanto, che decorre il termine per la relativa impugnazione, a prescindere dall'invio di una formale comunicazione ex art. 79, comma 5, del Codice dei contratti pubblici.*

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1301 del 2013, proposto da: ?Team Service Società Consortile a r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Mario Sanino, presso il quale è elettivamente domiciliata in Roma, viale Parioli, 180;

*contro*

Comune di Termoli, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Giacomo Papa, con domicilio eletto presso l'avv. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 5;

*per la riforma*

della sentenza del T.a.r. Molise, Sezione I, n. 97 del 7 febbraio 2013, resa tra le parti, concernente affidamento servizio pulizia edifici comunali.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Termoli;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 novembre 2013 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti gli avvocati Mario Sanino e Giacomo Papa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Il Tar Molise, con sentenza n. 97 del 7 febbraio 2013, dichiarava irricevibile il ricorso proposto da Team Service società consortile a r.l. (in prosieguo ditta Team), per l'annullamento del provvedimento di esclusione dalla procedura di gara, non risultando soddisfatto il requisito del punto III.2.2 del bando di gara (nota del 16 ottobre 2012) nonché della disposizione di cui all'art. 15, punto b/1 del capitolato speciale d'appalto, nella parte in cui prevede che i concorrenti debbano fornire *"dichiarazioni bancarie da almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati...che attestino l'idoneità economica e finanziaria dell'impresa ...e l'impegno a concedere, in caso di aggiudicazione, all'impresa partecipante di una linea di credito dedicata all'assolvimento delle obbligazioni pecuniarie determinate dal presente appalto"*.

1.1. Secondo il Tar, la presenza di un rappresentante della ditta Team munito di delega alla seduta di gara del 12 ottobre 2012, in cui era stata decisa l'esclusione, comportava la piena conoscenza dell'atto di esclusione sin dalla data di adozione del provvedimento. Conseguentemente, il ricorso notificato il 15 gennaio 2013 era da considerarsi irricevibile.

2.- La società Team ha interposto appello per l'annullamento o la riforma della suddetta sentenza, perché erronea per vizio *in procedendo et in iudicando*.

Essa, oltre a riproporre le censure di merito dedotte in primo grado e non esaminate dal TAR, ha dedotto i seguenti motivi:

- a) non rilevanza esterna dell'attività della commissione di gara, atteso che la sua attività acquisisce rilevanza esterna solo se recepita e approvata dagli organi competenti dell'amministrazione appaltante;
- b) la comunicazione della commissione, in quanto avvenuta oralmente, sarebbe priva di valore giuridico;
- c) la deroga al *dies a quo* del termine di impugnazione contenuta nell'art. 120 c.p.a. rispetto alla comunicazione formale prevista dall'art. 79 del codice degli appalti, non opererebbe allorché l'amministrazione abbia comunque effettuato la comunicazione;
- d) l'orientamento giurisprudenziale che ritiene perfezionata la conoscenza dell'atto di esclusione sin dal momento della sua adozione da parte della commissione di gara, in caso di presenza di un rappresentante dell'impresa allo svolgimento delle operazioni, non sarebbe applicabile al caso di specie, non avendo la ditta Team conferito alcun potere specifico al soggetto presente alle operazioni di gara.

3. Il Comune di Termoli, costituitosi in giudizio, ha chiesto il rigetto dell'appello.

Le parti hanno depositato memorie difensive e, alla pubblica udienza del 26 novembre 2013, il giudizio è stato assunto in decisione.

## DIRITTO

4. L'appello è infondato e va respinto.

Conformemente a giurisprudenza consolidata (cfr., tra le tante, Consiglio di Stato, sezione V, 14 maggio 2013, n. 2614), la piena conoscenza delle motivazioni dell'atto di esclusione dalla gara implica la decorrenza del termine decadenziale a prescindere dall'invio di una formale comunicazione ex art. 79, comma 5, del codice dei contratti pubblici.

Quanto all'art. 120, comma 5 del codice del processo amministrativo, non prevedendo forme di comunicazione "esclusive" e "tassative", non incide sulle regole processuali generali del processo amministrativo, con precipuo riferimento alla possibilità che la piena conoscenza dell'atto, al fine del decorso del termine di impugnazione, sia acquisita con forme diverse di quelle del citato art. 79 (cfr., tra le tante, Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2013, n. 1204; sez. III, 22 agosto 2012, n. 4593; sez. VI, 13 dicembre 2011, n. 6531).

5. Ciò posto in via di principio, atteso che dal verbale n. 4 della gara d'appalto risulta che alla seduta del 12 ottobre 2012, nella quale è stata adottata l'impugnata esclusione della società ricorrente, ha presenziato un rappresentante della medesima (precisamente il signor Antonio Furioso con delega della società), deve ritenersi che a tale data risale la piena conoscenza del provvedimento immediatamente lesivo.

Né assume rilievo la circostanza che la società ricorrente non avesse conferito al proprio rappresentante alcuno specifico potere, essendo sufficiente, ai fini del decorso del termine di

impugnazione, che il rappresentante abbia potuto avere cognizione dell'esclusione dalla gara della società rappresentata.

6. Sostiene, invero, la società appellante che il verbale della commissione di gara, in quanto organo straordinario privo di funzione provvedimentale, sarebbe improduttivo di effetti in assenza di un provvedimento della stazione appaltante di recepimento del relativo contenuto.

Tale tesi, tralasciando ogni ulteriore valutazione, è in contrasto con l'art. 12 del Capitolato speciale di appalto che nel disciplinare le modalità di svolgimento della gara, attribuisce espressamente alla Commissione il potere di procedere alle esclusioni dei concorrenti la cui documentazione sia incompleta o irregolare (*La commissione giudicatrice...procederà all'ammissione e all'eventuale esclusione dei concorrenti nel caso che manchi o risulti incompleto o irregolare alcuno dei documenti richiesti..*).

Pertanto, in assenza di impugnazione della citata clausola della *lex specialis*, nessun dubbio sussiste in merito al potere della Commissione di procedere all'esclusione dei concorrenti.

7. Parimenti errato è l'assunto secondo cui la comunicazione dell'esclusione al rappresentante da parte della commissione non sarebbe idonea a far decorrere il termine di impugnazione, in quanto resa oralmente.

Contrariamente a quanto affermato dall'appellante, il verbale della commissione viene stilato contestualmente all'esame della documentazione delle imprese concorrenti e letto alla fine della seduta, sicché non essendo in contestazione che il rappresentante della società è stato presente durante tutta la seduta, la censura appare perlomeno pretestuosa.

8. Parimenti non condivisibile la tesi secondo cui la deroga al *dies a quo* del termine di impugnazione contenuta nell'art. 120 c.p.a. rispetto alla comunicazione formale prevista dall'art. 79 del Codice degli appalti non opererebbe quando l'amministrazione abbia comunque provveduto ad effettuare tale ultima comunicazione, bensì solo ove quest'ultima intervenga oltre i termini indicati dalla norma.

Si è già detto che l'art 79 del codice dei contratti pubblici da un lato non prevede le forme di comunicazione come esclusive e tassative e dall'altro lato non incide sulle regole processuali generali del processo amministrativo in tema di decorrenza dei termini di impugnazione dalla data di notificazione, comunicazione o comunque piena conoscenza dell'atto.

Ne consegue che l'art. 79 lascia in vita la possibilità che la piena conoscenza dell'atto al fine del decorso del termine di impugnazione può essere acquisita con forme diverse da quelle di cui all'art. 79 (cfr. Cons. Stato, VI, 13 dicembre 2011, n. 6531).

Per quanto sin qui esposto, deve ritenersi corretta la sentenza di primo grado, atteso che il ricorso introduttivo del giudizio era stato notificato al Comune di Termoli il 15 novembre 2012, allorché era decorso il termine di decadenza fissato dalla legge, risalente alla seduta del 12 ottobre 2012, in cui la commissione di gara aveva disposto l'esclusione della ditta Team.

9. La conferma dell'irricevibilità del ricorso di primo grado, preclude l'esame delle censure di merito, assorbite dal TAR e riproposte con l'atto di appello.

10. L'appello deve, in definitiva, essere respinto.

Il regime delle spese deve seguire la regola della soccombenza nella misura in dispositivo specificata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento, in favore del Comune di Termoli, delle spese di giudizio che liquida nella misura di euro 5.000,00 (cinquemila//00) oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente FF

Carlo Saltelli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

## **BREVI ANNOTAZIONI**

### **L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA**

Con la sentenza in commento la Quinta Sezione del Consiglio di Stato affronta una *vexata quaestio* in materia di appalti: si tratta dell'individuazione del *dies a quo* dal quale far decorrere

i termini di impugnazione dei provvedimenti di esclusione da una procedura ad evidenza pubblica.

## IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

Nella specie, la Sezione ha ritenuto che **il calcolo dei termini di impugnazione decorra dalla data in cui il seggio di gara, in seduta pubblica ed alla presenza di un delegato dell'escludenda Società, ne abbia comunicato l'esclusione**. Opina, infatti, il Collegio nel senso di ritenere che il rappresentante della Società sia in grado di avere piena conoscenza dei motivi dell'esclusione già nel corso della seduta; a ciò si aggiunge la circostanza secondo la quale l'art. 120, comma 5, del D.Lgs. n. 104/2010 (cd. "Codice del processo amministrativo") non prevede *"forme di comunicazione "esclusive" e "tassative"* e quindi non è idoneo ad incidere *"sulle regole processuali generali del processo amministrativo, con precipuo riferimento alla possibilità che la piena conoscenza dell'atto, al fine del decorso del termine di impugnazione, sia acquisita con forme diverse di quelle del citato art. 79"* (e, cioè, con comunicazioni dirette in seduta pubblica). Tali effetti, tra l'altro, si produrrebbero – ad avviso del Collegio – a prescindere dalla titolarità di specifici poteri in capo al proprio rappresentante, essendo sufficiente che questi abbia avuto *"cognizione dell'esclusione dalla gara della società rappresentata"*.

## CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La questione posta all'attenzione del Consiglio di Stato con la pronuncia qui annotata contribuisce ad alimentare un ricco dibattito giurisprudenziale, i cui diversi orientamenti riflettono le incertezze che, a livello più generale, la giurisprudenza continua ad avere sull'applicabilità dell'**art. 41, comma 2, del Codice del processo amministrativo**, in base al quale il termine previsto dalla legge per l'impugnazione di un provvedimento decorre, tra gli altri, dalla **piena conoscenza dello stesso**. Infatti, è proprio il requisito della "piena conoscenza" dell'atto che è attuale oggetto di dibattito con la presenza di **tre diverse letture della norma**, che caratterizzano anche l'interpretazione delle analoghe norme nella materia degli appalti, in particolare in relazione al momento in cui i provvedimenti di esclusione da una procedura ad evidenza pubblica, pronunciati nel corso di una seduta pubblica di gara, debbano cominciare a produrre effetti.

**Secondo una prima lettura**, infatti, il *dies a quo* per l'impugnabilità del provvedimento di esclusione è da individuare nel giorno in cui le comunicazioni di esclusione ai sensi dell'art. 79, comma 5, lett. b), del D. Lgs. n. 163/2006 (cd. "Codice dei contratti pubblici") vengono ricevute dagli interessati. Si tratta di tesi che offre un'interpretazione letterale dell'art. 120, comma 5, del Codice del processo amministrativo, che, letto in combinato con l'art. 79, comma 5, del Codice dei contratti pubblici, fa decorrere i termini di impugnazione degli atti delle procedure di affidamento proprio *"dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163"* (art. 120, comma 5). Questo orientamento

ritiene che “*ai fini della piena conoscenza di un provvedimento lesivo non è necessario che esso sia conosciuto nella sua integralità ma è sufficiente la concreta percezione dei suoi elementi essenziali, posto che la completa successiva cognizione di tutti gli aspetti del provvedimento (o del procedimento) può consentire la proposizione di motivi aggiunti*” (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 7 novembre 2012, n. 5645). Questo primo filone interpretativo, quindi, prescinde dalla compiuta conoscenza della motivazione dell'esclusione per limitarsi alla contezza degli elementi essenziali del provvedimento, idonea a consentire che questo possa legittimamente produrre effetti.

Vi è, poi, **un secondo orientamento**, maggiormente attento alle esigenze di difesa dell'interessato, che riprende, ampliandole, le argomentazioni del primo; si tratta, in particolar modo, della tesi che, valorizzando proprio il requisito della piena conoscenza dell'atto, fa sì che, ove le comunicazioni disciplinate dall'art. 79 siano prive della motivazione dell'esclusione, il termine iniziale per l'impugnazione del provvedimento non possa che decorrere dalla data di accesso agli atti di gara esercitato dal soggetto escluso. Non sarebbe, pertanto, sufficiente la cognizione degli elementi essenziali dell'atto, identificabili nell'autorità emanante, nell'oggetto, nel contenuto dispositivo del provvedimento e del suo effetto lesivo, ma l'interessato dovrebbe essere messo nella condizione di apprezzare il percorso motivazionale della stazione appaltante nella sua interezza. Nella pratica, ciò comporta che, agli originari trenta giorni individuati dal Codice del processo amministrativo, occorra aggiungere un ulteriore periodo fino a dieci giorni, corrispondenti alla durata massima del procedimento accelerato di accesso agli atti previsto dall'art. 79, comma 5-*quater*, del Codice dei contratti pubblici (resta inteso che, ove l'accesso abbia luogo prima, il computo del termine decorre da tale data), che permette all'interessato di conoscere l'effettiva lesività dell'esclusione (ciò, ovviamente - lo si ripete - solo ove le comunicazioni di esclusione siano prive della parte motivata). In buona sostanza, pertanto, aderendo a questa lettura, il termine di impugnazione degli atti diventa di trenta + x giorni, dove x è pari ad un periodo ulteriore fino a dieci giorni (pari alla durata massima del procedimento di accesso ex art. 79, comma 5-*quater*, del Codice). L'interpretazione in parola è stata sostenuta da due sentenze (Consiglio di Stato, sez. V, 1° settembre 2011, n. 4895 e Consiglio di Stato, sez. III, 14 marzo 2012, n. 1428) ed è stata, infine, deferita alla cognizione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con ordinanza della Sesta Sezione, n. 790, dell'11 febbraio 2013 (annotata su questa *Rivista*); sul punto si rileva come la sentenza n. 14 del 20 maggio 2013, resa in Adunanza Plenaria, non abbia affrontato l'esplicita questione sollevata dall'ordinanza di rimessione in quanto, *medio tempore*, il Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia, sez. di Bari, con ordinanza 23 marzo 2013 n. 427, aveva rimesso la medesima questione, in via pregiudiziale, alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. I giudici di Palazzo Spada hanno, pertanto, ritenuto di non doversi sovrapporsi al giudice europeo (che, per inciso, non ha ancora reso la pronuncia interpretativa richiesta), chiamato dal Tar Puglia a valutare proprio i rapporti e le reciproche interferenze tra il principio di celerità del contenzioso, perseguito dalla direttiva sui ricorsi in materia di pubblici appalti, ed il principio di effettività della tutela processuale, in base al quale le modalità di applicazione dei termini di decadenza non devono rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti spettanti alle imprese concorrenti in forza del diritto comunitario.

**L'ultimo orientamento**, infine, privilegiando le esigenze di speditezza delle procedure ad

evidenza pubblica considera assolto l'onere della piena conoscenza del provvedimento di esclusione per il tramite della sua lettura in seduta pubblica da parte della Commissione di gara: si tratta di orientamento cui accede anche la pronuncia che qui si annota. Le sentenze che sposano tale tesi leggono l'art. 120, comma 5, del Codice del processo amministrativo come disposizione di carattere derogatorio, incapace di escludere *tout court* l'applicabilità delle normali regole del processo amministrativo, secondo le quali la "piena conoscenza" può realizzarsi anche in altre forme, segnatamente tramite – per l'appunto – comunicazione di esclusione direttamente in seduta di gara ad opera della Commissione giudicatrice. In merito si ricordano Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 14 maggio 2013, n. 2614; Consiglio di Stato, sez. V, 28 febbraio 2013, n. 1204; Consiglio di Stato, sez. III, 22 agosto 2012, n. 4593; Consiglio di Stato, sez. VI, 13 dicembre 2011, n. 6531.

In conclusione, la sentenza qui riportata conferma l'incertezza della giurisprudenza in merito alla fissazione del *dies a quo* dal quale computare il termine per l'impugnazione di provvedimenti di esclusione da gare pubbliche. E' di tutta evidenza, infatti, che in una materia così economicamente importante quale quella dei contratti pubblici esigenze di certezza impongono un'univoca applicazione delle varie interpretazioni giurisprudenziali sulla piena conoscenza dei provvedimenti in parola. La pronuncia qui annotata sposa una tesi più sostanzialista, ma anche più onerosa per l'interessato, che dovrà proporre ricorso "al buio" nei confronti dell'esclusione, fatta salva l'impugnazione per motivi aggiunti del provvedimento, una volta conosciutone il percorso motivazionale.

## **PERCORSO BIBLIOGRAFICO**

G. Nicodemo, *Il contenzioso dinanzi al giudice amministrativo: il rito processuale superspecialissimo*, in F. Caringella, M. Giustiniani (a cura di), *I Contratti Pubblici*, Dike Giuridica, 2014; F. Caringella, M. Giustiniani, *Codice dei contratti pubblici annotato con la giurisprudenza*, Dike Giuridica, 2014; G. Giuliano, *La Sesta Sezione del Consiglio di Stato rimette all'Adunanza plenaria una questione sul dies a quo per l'impugnazione degli atti di aggiudicazione di una gara d'appalto*, in questa Rivista.