

## Rito super-speciale e termine per l'impugnazione

di Alessandro Costa

Data di pubblicazione: 10-4-2017

*La “comunicazione della sentenza”, che l’art. 120, comma 6-bis, Cod. proc. amm. enuclea quale dies a quo del termine per la proposizione dell’appello, non coincide con la comunicazione dell’avviso di deposito, in quanto si tratterebbe di adempimenti di diversa natura formale ed anche sostanziale, nella misura in cui il mero avviso di deposito non consente la conoscenza del corredo motivazionale della sentenza, e pertanto, conseguentemente, non garantisce la pienezza del termine breve di trenta giorni per l’impugnazione.*

### Guida alla lettura

Con l’art. 204 D.lgs. 18 aprile 2016 n.50 (nuovo codice appalti) il legislatore, introducendo il comma 6 *bis* all’art. 120 c.p.a., ha disciplinato il cd. rito super-speciale per l’impugnazione delle ammissioni ed esclusioni dalle gare, sancendo che in tali ipotesi l’atto di appello va proposto entro 30 giorni dalla comunicazione, non trovando applicazione il termine lungo decorrente dalla sua pubblicazione.

Sulla delimitazione applicativa della disposizione di nuovo conio il Collegio ha affermato che la “comunicazione della sentenza” di cui all’art. 120 comma 6 bis c.p.a. non coincide con la comunicazione dell’avviso di deposito, in quanto si tratterebbe di adempimenti di diversa natura formale e sostanziale, nella misura in cui “*il mero avviso di deposito non consente la conoscenza del corredo motivazionale della sentenza e pertanto non garantisce la pienezza del termine breve di 30 giorni per l’impugnazione*”.

In buona sostanza, la comunicazione della sentenza coincide con la comunicazione alle parti costituite dell’avvenuto deposito della stessa, come disciplinato dall’art. 89 comma 3 c.p.a.

Il principio di diritto appena esposto non subisce variazioni dalle fattispecie disciplinate dagli artt. 129 comma 7 e 130 comma 8 c.p.a., poiché le stesse afferiscono alla sola materia elettorale e perciò posseggono natura eccezionale. In sostanza le norme appena richiamate confermano che “*al di fuori delle ipotesi espressamente contemplate, la regola è quella per cui la comunicazione della sentenza consiste nella comunicazione dell’avviso di deposito della medesima*”.

Muovendo dalle direttive tracciate dalla Legge Delega n. 11/2016 e dalle Direttive europee del

2014, con il nuovo Codice appalti (D.lgs. 50/2016) il legislatore ha tentato di realizzare il giusto equilibrio tra l'esigenza di semplificazione, deflazione del contenzioso, rapida definizione delle liti e il rispetto del principio di effettività della tutela, attraverso l'introduzione di una serie di disposizioni che hanno profondamente innovato il processo amministrativo sugli appalti pubblici.

Un'importante novità introdotta dal vento riformatore è senza dubbio il nuovo rito "super-speciale": contravvenendo in parte al principio generale dell'interesse a ricorrere, quale presupposto imprescindibile per l'ammissibilità di un procedimento giudiziario, viene disciplinato un onere di immediata impugnazione del provvedimento che dispone le ammissioni e le esclusioni dei concorrenti in gara ai sensi degli artt. 204, co. 1, lett. b), D.lgs. n. 50/2016 e 120, comma 2-bis, c.p.a.

Ai sensi dell'art. 76 comma 3 D.lgs. 50/2016 è poi previsto l'inoltro di un avviso tramite Pec ai concorrenti, contestualmente alla pubblicazione sul profilo del committente, *"del provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti"*.

Risulta con ciò evidente la funzione deflattiva del successivo contenzioso sull'aggiudicazione.

Focalizzando l'attenzione sul rito super-speciale, va premesso che l'art. 120, comma 2 bis del D.lgs. n. 104/2010, dispone che *"il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante ... l'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale"*.

La disposizione normativa, pertanto, prevede che il termine di 30 giorni per l'impugnazione del provvedimento in questione decorre dalla pubblicazione del medesimo sul profilo internet della stazione appaltante alla sezione "amministrazione trasparente" che, ai sensi dell'art. 29, comma 1 D.lgs. n. 50/2016 deve avvenire nel termine di 2 giorni dall'adozione dei relativi atti.

Evidenti le ripercussioni sul piano dell'interesse a ricorrere, atteso che lo stesso diventa diretto, concreto e attuale solo con il provvedimento di aggiudicazione definitiva.

A pochi mesi dalla nascita del nuovo Codice già molteplici risultano essere i punti di frizione interpretativa: si consideri, ad esempio, il problema dell'applicazione del nuovo rito previsto dai commi 2-bis e 6-bis dell'art. 120 c.p.a. ai provvedimenti relativi a procedure di gara soggette alla disciplina del D.lgs. 163/2006.

Al riguardo due le posizioni emerse.

Per il T.A.R. Calabria, sez. dist. Di Reggio Calabria, nella sentenza n. 829/2016, *"Se è ben*

*vero che la gara è stata antecedentemente indetta e si è svolta sulla base della disciplina dettata dal (previgente) D.lgs. 163/2006, tale circostanza non rileva ai fini della immediata applicabilità del regime processuale riveniente dal combinato disposto dei commi 2-bis e 6-bis dell'art. 120 c.p.a.: il quale non può non trovare attuale operatività in presenza di controversia sottoposta al sindacato giurisdizionale sotto la vigenza delle neo-introdotte disposizioni modificative dell'originario testo dello stesso art. 120".* Le nuove disposizioni, dunque, in quanto aventi carattere processuale, sono state ritenute immediatamente applicabili, a prescindere dal fatto che la procedura di gara fosse soggetta alla previgente disciplina sostanziale.

In senso opposto si è pronunciato il T.A.R. Toscana (sez. I, n. 1415/2016), che ha ritenuto non immediatamente applicabile il nuovo rito a una gara bandita sotto la vigenza del precedente codice, sulla base delle seguenti argomentazioni: *"la mera lettura dell'art. 216 del Codice dei contratti pubblici che non contiene alcuna eccezione riferibile all'art. 204, induce a ritenere che non vi siano deroghe al criterio generale che stabilisce l'entrata in vigore del nuovo rito rendendolo applicabile solo alle "procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore".* Il TAR ha proseguito affermando che *"in condivisione con la quasi totalità della dottrina, il nuovo e speciale sottosistema processuale, "qualificabile come anticipato, preliminare, immediato, autonomo, decadenziale, finalizzato comunque alla rapida costituzione di certezze giuridiche poi incontestabili sui protagonisti della gara" è certamente legato al riassetto complessivo del sistema della contrattualistica pubblica i cui profili sostanziali sono indefettibilmente legati a quelli processuali contestualmente introdotti".*

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello numero di registro generale 10092 del 2016, proposto da:  
Comune di Porcia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Mattia Matarazzo e Raffaella Turini, con domicilio eletto presso l'avv. Raffaella Turini in Roma, via Giuseppe Avezzana, n. 3;

contro

Mesulana Servizi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Trubian e Gianluigi Florian, con domicilio eletto presso Elisabetta

Nardone in Roma, piazza Cola di Rienzo, n. 92;

nei confronti di

Comune di San Quirino, Azienda Trasporti Automobilistici Provinciali s.p.a., non costituiti in giudizio;

Alibus International s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Manzi, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. FRIULI VENEZIA GIULIA – TRIESTE, SEZIONE I, n. 00516/2016, resa tra le parti, concernente un appalto del servizio di trasporto scolastico.

FATTO

1.- Il Comune di Porcì espone di avere indetto, in data 20 giugno 2016, nella sua qualità di centrale di committenza per conto dei Comuni di Cordenons, Porcì, Roveredo in Piano, San Quirino e Zoppola, il bando per una procedura aperta finalizzata all'affidamento del servizio di trasporto scolastico relativo al triennio 2016/2019, suddiviso in due lotti, il primo per il Comune di San Quirino ed il secondo per il Comune di Porcì.

Allega che l'art. 12.1.7 del disciplinare di gara prevedeva, fra l'altro, quale requisito di capacità tecnica e professionale, a pena di esclusione, l'aver eseguito nell'ultimo triennio «almeno un servizio di trasporto scolastico, a favore di Enti pubblici, con importo annuo non inferiore ad euro 110.000,00 per il lotto n. 1, e non inferiore ad euro 86.000,00 per il lotto n. 2. In caso di partecipazione alla gara per entrambi i lotti, l'importo annuo richiesto non potrà essere inferiore ad euro 196.000,00».

La società Mesulana Servizi ha partecipato ad entrambi i lotti dichiarando di avere eseguito in ognuno degli anni del triennio 2013, 2014 e 2015 almeno un servizio di trasporto scolastico a favore di enti pubblici con importo annuo non inferiore ad euro 196.000,00, ma senza indicare nella successiva tabella esplicativa alcun servizio con tale caratteristiche di valore.

Conseguentemente Mesulana Servizi s.r.l. è stata esclusa dalla gara con determinazioni del responsabile amministrativo del Comune di San Quirino e del responsabile amministrativo del Comune di Porcì, rispettivamente in data 25 luglio 2016 e 4 agosto 2016, confermate di quanto disposto nella seduta del 19 luglio 2016.

2. - Nel giudizio di primo grado Merulana Servizi s.r.l. ha impugnato, dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Friuli Venezia Giulia, i provvedimenti di esclusione, deducendo l'incompetenza del responsabile del procedimento a disporre l'esclusione, e comunque il possesso del requisito di capacità tecnica e professionale prescritto dal disciplinare, che, ove diversamente interpretato, risulterebbe illegittimo.

3. - Con la sentenza 14 novembre 2016, n. 516, qui appellata, il Tribunale amministrativo regionale adito ha accolto il ricorso nell'assorbente considerazione che, alla stregua di un'interpretazione della *lex specialis* di gara orientata a garantire la massima partecipazione, debba ritenersi che Mesulana servizi s.r.l. sia in possesso del requisito concernente l'esecuzione in ciascuno degli anni 2013, 2014 e 2015 del servizio di trasporto scolastico per gli importi previsti, e, per l'effetto, ha annullato i provvedimenti impugnati e l'intera procedura di gara dal momento dell'esclusione della società ricorrente.

4. - Avverso detta sentenza ha interposto appello il Comune di Porcia, affidandolo essenzialmente a motivi di critica della sentenza concernenti la erronea interpretazione della *lex specialis* di gara, mancando a Mesulana il possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale, non avendo la società svolto un servizio di trasporto scolastico di importo non inferiore ad euro 196.000,00 nel triennio preso in considerazione, ma due servizi cumulativamente con valore di poco superiore al suddetto importo di euro 196.000,00.

5. - Si è costituita in resistenza Mesulana Servizi s.r.l., eccependo l'irricevibilità dell'appello e comunque la sua infondatezza nel merito.

Si è altresì costituita in giudizio la Alibus International s.r.l., concludendo per l'accoglimento dell'appello.

6. - Nella camera di consiglio del 23 marzo 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1.- Ragioni di ordine processuale impongono di esaminare preliminarmente l'eccezione di irricevibilità del ricorso in appello, svolta da Mesulana Servizi s.r.l. nella considerazione che l'avviso di deposito della sentenza da parte della segreteria del Tribunale amministrativo regionale per il Friuli Venezia Giulia è avvenuta in data 14 novembre 2016 (giorno di pubblicazione), mentre l'appello del Comune di Porcia è stato notificato il 30 dicembre 2016, e dunque oltre il termine di trenta giorni previsto per il rito super-accelerato dall'art. 120, comma 6-bis, ultimo periodo, Cod. proc. amm.

L'eccezione è fondata.

La norma in questione, introdotta nel corpo del Codice dall'art. 204 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, al fine di disciplinare il rito, definito super-speciale (allo scopo di sottolinearne la diversità con la disciplina processuale, già speciale, in materia di controversie relative a provvedimenti

concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture), per l'impugnazione delle ammissioni ed esclusioni dalle gare, prevede che «l'appello deve essere proposto entro trenta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della sentenza e non trova applicazione il termine lungo decorrente dalla sua pubblicazione».

E' dunque evidente la tardività dell'appello, risalendo l'avviso di deposito della sentenza, come già detto, al 14 novembre 2016, e l'appello essendo stato notificato solamente il 30 dicembre 2016.

Né merita condivisione l'assunto svolto dall'appellante, ruotante intorno alla tesi secondo cui la "comunicazione della sentenza", che l'art. 120, comma 6-bis, Cod. proc. amm. enuclea quale *dies a quo* del termine per la proposizione dell'appello, non coincide con la comunicazione dell'avviso di deposito, in quanto si tratterebbe di adempimenti di diversa natura formale ed anche sostanziale, nella misura in cui il mero avviso di deposito non consente la conoscenza del corredo motivazionale della sentenza, e pertanto, conseguentemente, non garantisce la pienezza del termine breve di trenta giorni per l'impugnazione.

Occorre a questo riguardo considerare che, in via generale, la comunicazione della sentenza coincide proprio con la comunicazione alle parti costituite, da parte del segretario, dell'avvenuto deposito della stessa, come si desume dall'art. 89, comma 3, Cod. proc. amm., la cui rubrica è, appunto, "pubblicazione e comunicazione della sentenza".

Le disposizioni, richiamate dall'Amministrazione appellante, evocanti la comunicazione del testo integrale della sentenza, attengono ad ipotesi specifiche, riconducibili alla sola materia elettorale, la cui eccezionalità ne preclude un'interpretazione estensiva. Il riferimento è all'art. 129, comma 7, nonché all'art. 130, comma 8, Cod. proc. amm., peraltro limitanti la comunicazione integrale alla sola Amministrazione che ha emanato l'atto impugnato, con un'evidente asimmetria, rispetto alla logica paritaria del contraddittorio.

Anzi, le norme ora ricordate confermano che, al di fuori delle ipotesi espressamente contemplate, la regola è quella per cui la comunicazione della sentenza consiste nella comunicazione dell'avviso di deposito della medesima, adempimento che prelude poi alla acquisizione del testo integrale, del resto subito agevolmente reperibile nel sito istituzionale della Giustizia amministrativa, senza necessità, a fini di conoscenza, di un accesso fisico presso la segreteria del giudice amministrativo.

Non può, del pari, essere tratto utile argomento sul piano ermeneutico dalla presenza, nel codice del processo amministrativo, di ulteriori norme, quali quelle che prevedono la comunicazione del decreto di fissazione dell'udienza (art. 71, comma 5), ovvero dell'ordinanza che dispone la verifica (art. 66, comma 2). Nella prima ipotesi la comunicazione alle parti costituite non può che essere integrale, in quanto il decreto si limita a contenere la data di fissazione dell'udienza, mentre nella seconda ipotesi l'ordinanza che dispone l'incombente istruttorio della verifica è trasmessa al solo organismo verificatore, che, non essendo parte del processo, non potrebbe altrimenti venirne a conoscenza con i mezzi telematici.

2. - A conferma delle considerazioni che precedono, va considerato che la tesi dell'appellante non persuade sul piano sistematico neppure laddove allega che, non essendo intervenuta l'integrale comunicazione della sentenza, dovrebbe, nella fattispecie in esame, farsi applicazione del termine lungo dimidiato, di cui all'art. 119 Cod. proc. amm. Tale possibilità è infatti espressamente preclusa dal successivo art. 120, comma 6-bis, secondo cui nel rito super-speciale non trova applicazione il termine lungo decorrente dalla pubblicazione della sentenza. Il che è peraltro perfettamente ragionevole e compatibile con la *ratio* fortemente acceleratoria che caratterizza il regime processuale delle esclusioni ed ammissioni ai procedimenti di gara.

3.- In conclusione, alla stregua di quanto esposto, l'appello deve essere dichiarato irricevibile, con conseguente preclusione allo scrutinio del merito.

Né vi è spazio per concedere il beneficio della rimessione in termini per errore scusabile, in quanto, sebbene si sia in presenza di una disciplina processuale di recente conio, i profili che vengono in rilievo risultano sufficientemente chiari ed inequivoci. E' noto come, al contrario, l'errore scusabile, ai sensi dell'art. 37 Cod. proc. amm., ha carattere eccezionale in quanto si risolve in una deroga al principio di perentorietà dei termini processuali; pertanto i suoi presupposti sono limitati al caso di oscurità del quadro normativo, alle oscillazioni della giurisprudenza, a comportamenti ambigui dell'Amministrazione, al caso fortuito ed alla forza maggiore, circostanze, tutte, non ravvisabili nel caso di specie (in termini, tra le tante, Cons. Stato, sez. IV, 15 giugno 2016, n. 2638).

Si ravvisano tuttavia, per la peculiarità della vicenda, le ragioni per compensare tra tutte le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

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

Compensa tra tutte le parti le spese di giudizio.

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