

Pubblicato il 02/04/2020

N. 02215/2020 REG.PROV.COLL.
N. 02690/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA DI RIMESSIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 2690 del 2019, proposto da

Miorelli Service s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni, n. 26/b;

contro

G.S.E. - Gestore dei Servizi Energetici s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Sergio Fienga e Marco Trevisan, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Sergio Fienga in Roma, Piazzale delle Belle Arti, n. 8;

nei confronti

Co.L.Ser. Servizi s.c.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Michiara, con domicilio eletto presso lo studio Alfredo Placidi in Roma, via

Barnaba Tortolini, n. 30;

Consip s.p.a., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sezione Terza, n. 03552/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di G.S.E. s.p.a.e di Co.L.Ser. Servizi s.c.r.l.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2019 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Tomaselli, su delega di Brugnoletti, Marco Trevisan e Palieri, su delega di Paolo Michiara;

FATTO

1. Con avviso di gara pubblicato il 5 dicembre 2017 sul proprio sito istituzionale G.S.E. – Gestore servizi energetici s.p.a. (d’ora in avanti anche solo G.S.E.) avviava una procedura di gara per l’aggiudicazione del “Servizio di pulizia negli uffici delle società del gruppo GSE siti in Roma”, mediante il S.D.A.P.A. – Sistema dinamico di acquisizione della pubblica amministrazione ex art. 55, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, di durata quinquennale, di valore pari a € 6.618.118,90, da aggiudicare col criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

1.1. Alla gara venivano ammessi 1073 operatori economici ai quali G.S.E. in data 15 marzo 2018 chiedeva la presentazione di un'offerta da predisporre secondo l'allegato Capitolato d'oneri.

1.2. All'esito della gara, cui partecipavano effettivamente 22 operatori economici, tra i quali Miorelli Service s.p.a. (d'ora in avanti anche solo Miorelli) e Co.L.S.ER servizi s.c.r.l. (d'ora in avanti anche solo Co.L.S.E.R. o l'aggiudicataria), quest'ultima conseguiva il punteggio più alto (punti 99,678 punti) davanti alla Miorelli (punti 99,268 punti) e, espletata la verifica di congruità della relativa offerta, veniva dichiarata aggiudicataria, giusta determinazione dirigenziale 26 ottobre 2018 (prot. LEAAP/P20180003366), pubblicata il 29 ottobre 2018 sul S.D.A.P.A. e, per estratto, sul sito istituzionale della stazione appaltante.

Quest'ultima il 6 novembre 2018 G.S.E. inoltrava ai concorrenti via PEC ulteriore copia del provvedimento di aggiudicazione,

Dal Sistema risultava che Miorelli in data 29 ottobre 2018 (ossia il giorno stesso di pubblicazione) prelevava la determinazione dal Sistema (c.d. data di prelievo) e che in data 30 ottobre 2018 ne acquisiva lettura (c.d. data di lettura).

2. Con ricorso notificato il 6 dicembre 2018 Miorelli chiedeva al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio l'annullamento dell'aggiudicazione, lamentandone l'illegittimità per violazione dell'art. 95 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e dell'art. 7.2. del Capitolato d'oneri, oltre che per eccesso di potere per disparità di trattamento ed erroneità.

In sintesi, secondo la ricorrente, la stazione appaltante aveva erroneamente riconosciuto all'aggiudicataria i due punti previsti dai criteri di valutazione dell'offerta in relazione alla "rumorosità degli

aspirapolveri” (attribuibili ai concorrenti che avessero offerto “l'utilizzo di aspirapolveri che, secondo quanto disciplinato dal Regolamento delegato UE n. 665/2013 abbiano potenza sonora <60db (A)”), nonostante che dall'etichetta e dalla scheda tecnica dell'aspirapolvere “Nilfisk VP600 Basic Eco Hepa”, offerto dall'aggiudicataria, risultava che lo stesso avesse una potenza sonora di 70 decibel, superiore pertanto ai 60 decibel indicati dalla *lex specialis*; aggiungeva la ricorrente, sotto il profilo della prova di resistenza, che, stante la minima differenza di punteggio tra le due offerte, il disconoscimento all'aggiudicataria di quel punteggio aggiuntivo le avrebbe consentito di conseguire l'aggiudicazione della commessa.

2.1. Si costituivano in giudizio Co.L.S.ER. e G.S.E., entrambe sostenendo l'infondatezza del ricorso; G.S.E. eccepiva anche l'irricevibilità del ricorso perché tardivamente proposto, atteso che il provvedimento di aggiudicazione era stato pubblicato sul Portale Acquisti in rete PA nel sistema S.D.A.P.A. il 29 ottobre 2018 ed era stato prelevato dalla ricorrente che pertanto ne aveva avuto piena conoscenza quanto meno dal 30 ottobre 2018, laddove il ricorso era stato notificato solo il 6 dicembre 2018.

2.2. L'adito Tribunale con la sentenza segnata in epigrafe, in accoglimento dell'eccezione svolta da G.S.E., dichiarava irricevibile il ricorso, rilevando che:

- l'art. 120, comma 5, Cod. proc. amm., deve essere letto in coerenza con i principi di carattere generale sul decorso dei termini di decadenza per l'impugnazione giurisdizionale degli atti e provvedimenti amministrativi, che attribuiscono prevalenza alla loro

effettiva conoscenza anche rispetto a quella derivante dalla loro comunicazione;

- secondo la giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, sez. III, 14 giugno 2017, n.2925) il termine per impugnare i provvedimenti delle procedure di affidamento di appalti pubblici decorre, ai sensi dell'art. 41, comma 2, cod. proc. amm., dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza dell'atto e ciò anche se non siano rispettate le particolari forme di comunicazione di detti provvedimenti previste dall'art. 79 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, perché non è impedita la piena conoscenza degli stessi con altre forme, secondo quanto previsto dal citato art. 120 cod. proc. amm.;

- nella fattispecie in esame la stazione appaltante aveva fornito prova certa della conoscenza da parte della ricorrente della delibera di aggiudicazione.

3. Ha proposto appello Miorelli deducendo l'erroneità della sentenza alla stregua di due motivi di gravame, il primo rubricato "*Errores in procedendo*. Violazione degli artt. 120 e 41 c.p.a.. Violazione degli artt. 52, 53 e 76 del d. lgs. 50/2016", volto a contestare specialmente la pronuncia di irricevibilità; il secondo "*Errores in iudicando*. Violazione dell'art. 95 del d.lgs. 50/2016. Violazione dell'art. 7.2. del capitolato d'oneri. Eccesso di potere per disparità di trattamento ed erroneità", con è stato riproposto il motivo di censura sollevato in primo grado. Hanno resistito al gravame, chiedendone il rigetto, Co.L.S.ER. e G.S.E..

4. Le parti hanno depositato memorie ex art. 73 Cod. proc. amm., cui sono seguite rituali repliche e all'udienza pubblica del 5 dicembre 2019 la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di gravame, lamentando “*Erroris in procedendo*. Violazione degli artt. 120 e 41 c.p.a.. Violazione degli artt. 52, 53 e 76 del d.lgs. 50/2016”, l’appellante sostiene che la declaratoria di irricevibilità del suo ricorso sarebbe ingiusta ed erronea in quanto:

a) mancherebbe la prova certa e rigorosa della effettiva “piena conoscenza” del provvedimento di aggiudicazione alla data del 30 ottobre 2018, ciò non potendo desumersi *sic et simpliciter* dalla copia della pagina web tratta dal sistema S.D.A.P.A. (che riporta il 29 ottobre 2018 come data di invio e di ricezione della comunicazione della determinazione di avvenuta aggiudicazione e il 30 ottobre 2018 come data di lettura di detta comunicazione), giacché non vi sarebbe alcun elemento che proverebbe con ragionevole certezza che quella comunicazione era stata effettivamente inviata alla Miorelli (non essendo allegato, né indicato a quale indirizzo mail della società la comunicazione sia stata indirizzata) e che alla “Miorelli Service a socio unico” era effettivamente associato un indirizzo mail appartenente a detta società;

b) la comunicazione dell’aggiudicazione mediante il sistema S.D.A.P.A. non sarebbe idonea a far decorrere il termine di impugnazione, poiché, ai sensi dell’art. 120, comma 5, cod. proc.amm. l’unica forma di comunicazione rilevante ai fini della decorrenza del termine di impugnazione sarebbe solo quella a mezzo PEC, tanto più che la locuzione “ogni altro caso”, indicata nel predetto art. 120, dovrebbe intendersi riferito alla conoscenza del provvedimento di aggiudicazione ottenuta dal ricorrente “*aliunde*” rispetto alla comunicazione di aggiudicazione; pertanto, essendo intervenuta la comunicazione (via PEC) del provvedimento di

aggiudicazione in data 6 novembre 2018, il ricorso di primo grado era sicuramente tempestivo;

c) in ogni caso la sola conoscenza dell'aggiudicazione non sarebbe stata condizione sufficiente per la proposizione del motivo di ricorso volto a contestare il punteggio attribuito all'aggiudicataria, poiché solo con l'accesso agli atti di gara, consentito dalla stazione appaltante il 13 novembre 2018, sarebbe stato possibile aver cognizione dell'errore commesso dalla stazione appaltante, così che prima di tale data, malgrado la conoscenza del provvedimento di aggiudicazione, non sarebbe stato possibile proporre alcuna efficace impugnativa.

2. Così sintetizzate le argomentazioni sviluppate col motivo di gravame in esame, la Sezione osserva che esse investono una pluralità di questioni concernenti l'esatta individuazione del termine per impugnare l'atto finale, cioè l'aggiudicazione, dei procedimenti di affidamenti degli appalti pubblici; le forme e le modalità della comunicazione di aggiudicazione e l'ammissibilità della piena ed effettiva conoscenza del provvedimento di aggiudicazione attraverso forme alternative (ed equipollenti) alla comunicazione; questioni tutte che incidono, per un verso, sulla certezza dei rapporti giuridici conseguenti al provvedimento di aggiudicazione e sulla necessaria speditezza ed efficacia dell'azione della pubblica amministrazione in un settore di particolare rilievo economico, quale quello degli affidamenti degli appalti pubblici, e, per altro verso, sulla effettività e pienezza della tutela giurisdizionale.

Si tratta, d'altra parte, di questioni sulle quali la giurisprudenza non è concorde e univoca e che richiedono invece indirizzi quanto più

possibili chiari ed univoci: il che induce la Sezione a sottoporle all'Adunanza Plenaria nei sensi che saranno appresso precisati.

3. Sulla questione della individuazione del *dies a quo* per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione si osserva che un primo orientamento giurisprudenziale, maturato nella vigenza del D. Lgs. n. 163 del 2006, sulla scorta del tenore letterale dell'art. 120, comma 5, c.p.a., e sull'espresso richiamo fatto all'art. 79, d.lgs. n. 163 del 2006, ha distinto a seconda che l'amministrazione appaltante abbia inviato una comunicazione completa ed esaustiva dell'aggiudicazione (contenente l'esposizione delle ragioni di preferenza per l'offerta dell'aggiudicatario alla luce delle caratteristiche della stessa per come apprezzate dalla commissione giudicatrice) ovvero si sia limitata a rendere noti l'avvenuta aggiudicazione della procedura ed il nominativo dell'operatore dell'aggiudicatario.

3.1. Con riferimento alla prima ipotesi è stato affermato che il ricorso deve essere sicuramente proposto nel termine di trenta giorni decorrenti dalla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione ai sensi dell'art. 79 d.lgs. 12 aprile 2016, n. 163; nell'altro caso, invece, si è ritenuto che ai fini della decorrenza del termine di impugnazione di debba tener conto della necessità dell'interessato di conoscere gli elementi tecnici dell'offerta dell'aggiudicatario e, in generale, gli atti della procedura di gara per poter apprezzare compiutamente le ragioni di preferenza della stazione appaltante e verificare la sussistenza di eventuali vizi del suo operato (Cons. Stato, sez. V, 26 luglio 2017, n. 3675; sez. V, 27 aprile 2017, n. 1953; sez. V, 13 febbraio 2017, n. 592; sez. V, 26 novembre 2016, n. 4916; sez. V, 3

febbraio 2016, n. 408; Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 8 giugno 2017, n. 274).

3.2.1. La predetta distinzione introduce l'ulteriore tema che accompagna la problematica in esame riguardante l'accesso agli atti della procedura di gara e in particolare se e in che modo il tempo necessario rilevi ai fini della decorrenza del termine per impugnare l'aggiudicazione: è evenienza notoria che l'impresa concorrente, proprio a seguito della comunicazione di aggiudicazione (non completa dei verbali di gara o delle informazioni sulle caratteristiche e sui vantaggi dell'offerta selezionata), chiede di accedere agli atti della procedura di gara.

3.2.1. Secondo le previsioni dell'art. 79 del d.lgs. n. 163 del 2006 l'accesso poteva avvenire entro 10 giorni dalla comunicazione mediante visione ed estrazione di copia, senza la necessità di un'apposita istanza e di un formale provvedimento di ammissione (salvi i provvedimenti di esclusione o di differimento dell'accesso adottati ai sensi dell'articolo 13), così che è stato ritenuto che il termine di trenta giorni per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione dovesse essere incrementato di un numero di giorni (massimo dieci giorni) pari a quello necessario per aver piena conoscenza e contezza dell'atto e dei relativi profili di illegittimità, ove questi non fossero oggettivamente evincibili dalla comunicazione di aggiudicazione (Cons. Stato, sez. III, 28 agosto 2014, n. 4432; sez. V, 5 febbraio 2018, n. 718; sez. III, 3 luglio 2017, n. 3253; sez. V, 27 aprile 2017, n. 1953; sez. V, 23 febbraio 2017, n. 851; sez. V, 13 febbraio 2017, n. 592; sez. V, 10 febbraio 2015, n. 864).

3.2.2. E' stato poi precisato che qualora l'amministrazione appaltante abbia rifiutato illegittimamente l'accesso o abbia adottato

comportamenti dilatori il termine per l'impugnazione non inizia neppure a decorrere e il potere di impugnare "non si consuma" se non dal momento in cui l'accesso sia effettivamente consentito (Cons Stato, sez. III, 22 luglio 2016, n. 3308; sez. III, 3 marzo 2016, n. 1143; sez. V, 7 settembre 2015, n. 4144; sez. V, 6 maggio 2015, n. 2274; sez. III, 7 gennaio 2015, n. 25; sez. V, 13 marzo 2014, n. 1250).

3.2.3. Tale orientamento ha trovato conferma anche a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, ritenendosi che il rinvio, tuttora contenuto nell'art. 120, comma 5, cod. proc. amm., all'art. 79 del d.lgs. n. 163 del 2006, n. 163, sia da intendersi, a seguito dell'abrogazione di quest'ultimo, al primo. (Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 2019, n. 3879; sez. V, 27 novembre 2018, n. 6725).

A causa tuttavia del diverso contenuto letterale delle due disposizioni (art. 79 del d. lgs. n. 163 del 2006 e art. 76 del d. lgs. n. 50 del 2016) si è affermato che la dilazione temporale, fissata in dieci giorni per l'accesso informale ai documenti di gara ex art. 79, comma 5 *quater* del d.lgs. n. 163 cit., debba ora essere ragionevolmente in quindici giorni, termine previsto dal comma 2 dell'art. 76 per la comunicazione delle ragioni dell'aggiudicazione su istanza dell'interessato (Cons. Stato, sez. V, 20 settembre 2019, n. 6251; sez. V, 2 settembre 2019, n. 6064; sez. V, 13 agosto 2019, n. 5717, sez. III, 6 marzo 2019, n. 1540).

E' stato mantenuto fermo il principio che se la stazione appaltante rifiuta illegittimamente l'accesso, o tenga comportamenti dilatori che impediscono l'immediata conoscenza degli atti di gara (nei termini indicati), il termine per l'impugnazione non decorre e il potere di impugnare "non si consuma"; se non dal momento in cui

l'interessato abbia avuto cognizione degli atti della procedura (Cons. Stato, sez. III, 6 marzo 2019, n. 1540).

3.3. Secondo un più rigoroso orientamento giurisprudenziale, per effetto del tenore letterale del citato art. 120, comma 5, cod. proc. amm., il termine di impugnazione del provvedimento di aggiudicazione è sempre di trenta giorni e decorre in ogni caso dalla ricezione della comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione proveniente dalla stazione appaltante ovvero, in mancanza, dalla conoscenza dell'aggiudicazione che l'interessato abbia comunque acquisito per altra via; del resto

la distinzione tra vizi evincibili dal provvedimento comunicato, per il quale il *dies a quo* avrebbe decorrenza dalla comunicazione dell'aggiudicazione, ed altri vizi percepibili *aliunde*, per i quali il termine di impugnazione comincerebbe a decorrere dal momento dell'effettiva conoscenza, non avrebbe riscontro nel diritto positivo (Cons. Stato, V, 28 ottobre 2019, n. 7384; sez. IV, 23 febbraio 2015, n. 856; V, 20 gennaio 2015, n. 143, le quali si rifanno all'orientamento invalso prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo e del quale sono espressione Cons. Stato, sez. IV, 21 maggio 2004, n. 3298; V, 2 aprile 1996, n. 381; V, 4 ottobre 1994, n. 1120; Cons. giust. amm. Sicilia sez giuris. 20 aprile 1998, n. 261).

Pertanto la tutela giurisdizionale dei vizi dell'aggiudicazione conosciuti dopo la sua comunicazione è sempre garantita dalla proponibilità dei motivi aggiunti.

3.4. Quanto alle forme e alle modalità della comunicazione di aggiudicazione e all'ammissibilità della piena ed effettiva conoscenza del provvedimento di aggiudicazione, il termine per l'impugnativa

dell'aggiudicazione non decorre prima che la comunicazione di questa sia fatta secondo le inderogabili forme del comma 5 *bis* dell'art. 79, (cioè con il corredo della relativa motivazione, a sua volta espressa attraverso gli elementi di cui al comma 2 lett. c), Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2017, n. 1953) e, per altro verso, che il termine di impugnazione decorre, in base alla regola generale fissata dall'art. 41 comma 2, c.p.a., dalla notificazione, comunicazione, o piena conoscenza dell'atto, e ciò anche in mancanza delle particolari forme di comunicazione di detti provvedimenti ai sensi dell'art. 79 cit., perché ciò non impedisce che la loro conoscenza sia acquisita con altre forme, come prevede l'art. 120 c.p.a. che non dispone forme di comunicazione esclusive e tassative (Cons. Stato, sez. III, 14 giugno 2017, n. 2925)

E' stato anche evidenziato, sotto altro profilo, che sebbene il citato art. 79, comma 5, del D. Lgs. n. 163 del 2006 non abbia introdotto forme di comunicazione tassative o esclusive ai fini della piena conoscibilità degli atti e della decorrenza del termine di impugnazione, quelle previste costituiscono uno strumento privilegiato per l'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, *sub specie* di pubblicità, trasparenza, economicità ed efficienza, garantendo un'adeguata certezza della situazione di diritto conseguente allo svolgimento di una gara a evidenza pubblica, così che le comunicazioni effettuate al domicilio o all'indirizzo di posta elettronica indicato negli atti di gara danno vita a una ragionevole presunzione non solo dell'avvenuta conoscenza da parte del destinatario di quegli atti e del loro contenuto, ma anche del fatto che tale conoscenza si sia verificata

direttamente in capo alla parte e non al suo difensore (Cons. Stato, sez. V, 22 maggio 2015, n. 2570).

E' da aggiungere che è stata ritenuta inidonea a far decorrere il termine *de quo* la pubblicazione della delibera di aggiudicazione all'albo pretorio, nel sistema previsto dall'art 79, comma 5, del d. lgs. n. 163/2006, se essa non è accompagnata dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva a tutti gli interessati secondo la regola del successivo comma 5 *bis*, solo così potendo decorrere il termini di cui all'art. 120, comma 5 c.p.a. (Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2019, n. 5257; sez. V23 luglio 2018, n. 4442; sez, V, 23 novembre 2016, n. 4916)

3.5. Completezza espositiva impone di dar conto che sulla questione della decorrenza del termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione è intervenuta anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea che: a) con la sentenza 8 maggio 2014, sez. V (causa C - 161/13), ha evidenziato che i ricorsi avverso gli atti delle procedure di affidamento degli appalti pubblici sono efficaci solo se “...*i termini imposti per proporre tali ricorsi comincino solo a decorrere in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione...*” e che la possibilità di proporre motivi aggiunti “...*non costituisce sempre un'alternativa valida di tutela valida effettiva*” (ma quest'ultima affermazione deve essere contestualizzata in ragione della peculiare situazione di specie); b) con l'ordinanza 14 febbraio 2019, sez. IV (causa C 54 – 18), in tema di compatibilità con i principi eurounitari del rito super accelerato ex art. 120, comma 2 *bis* c.p.a., ha osservato che “*la fissazione di termini di ricorso a pena di decadenza consentono di realizzare l'obiettivo di celerità perseguito dalla direttiva 89/665*”, aggiungendo che tale obiettivo può essere conseguito “...

soltanto se i termini prescritti ...iniziano a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente abbia avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza dell'asserita violazione di disposizioni?", ciò anche per garantire l'effettività del controllo giudiziario, non mancando di sottolineare che è rimesso al giudice nazionale la valutazione in concreto della possibilità per il ricorrente di aver conoscenza dei motivi di illegittimità del provvedimento (nel caso oggetto di controversia di ammissione ai sensi dell'art. 29 del D. Lgs. n. 50 del 2016).

4. Ciò posto la Sezione è dell'avviso che la soluzione delle questioni sopra accennate non possa prescindere dalla esegesi letterale e sistematica delle disposizioni che le riguardano ed in particolare dal contenuto degli articoli 29 e 79 del D. Lgs. n. 50 del 2016 (e successive modd. e integr.) e 120, comma 5, c.p.a..

4.1. L'art. 29 del D. Lgs. n. 50/2016, fissando i principi di trasparenza cui devono essere improntate le procedure di affidamento degli appalti pubblici, stabilisce espressamente al comma 1 che *"Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessione, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'articolo 5, alla composizione della commissione giudicatrice e ai curricula dei suoi componenti ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 53 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 162, devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", con l'applicazione delle disposizioni di cui decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33....."*, aggiungendo significativamente che *"Fatti salvi gli atti a cui si applica*

l'articolo 73, comma 5, i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente'.

4.2. L'art. 76 del citato decreto D. Lgs. n. 50 del 2016, disciplinando la "Informazione dei candidati e degli offerenti", dopo aver stabilito al primo comma che "Le stazioni appaltanti, nel rispetto delle specifiche modalità di pubblicazione stabilite dal presente codice, informano tempestivamente ciascun candidato e ciascun offerente delle decisioni adottate riguardo alla conclusione di un accordo quadro, all'aggiudicazione di un appalto o all'ammissione di un sistema dinamico di acquisizione, ivi compresi i motivi dell'eventuale decisione di non concludere un accordo quadro o di non aggiudicare un appalto per il quale è stata indetta una gara o di riavviare la procedura o di non attuare un sistema dinamico di acquisizione", aggiunge al secondo comma che "Su richiesta scritta dell'offerente e del candidato interessato, l'amministrazione aggiudicatrice comunica immediatamente e comunque entro quindici giorni dalla ricezione della richiesta: a) ad ogni offerente, i motivi del rigetto della sua offerta, inclusi, per i casi di cui all'articolo 68, commi 7 e 8, i motivi della decisione di non equivalenza o della decisione secondo cui i lavori, le forniture o i servizi non sono conformi alle prestazioni o ai requisiti funzionali; a bis) ad ogni candidato escluso, i motivi del rigetto della sua domanda di partecipazione; b) ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta ammessa in gara e valutata, le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato l'appalto o delle parti dell'accordo quadro; c) ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta ammessa in gara e valutata, lo svolgimento e l'andamento delle negoziazioni e del dialogo con gli offerenti".

Il successivo comma 5 dispone che "le stazioni appaltanti comunicano d'ufficio immediatamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni: a) l'aggiudicazione, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella

graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione o sono in termini per presentare impugnazione, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera d'invito, se tali impugnazioni non siano state respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva; b) l'esclusione ai candidati e agli offerenti esclusi; c) la decisione di non aggiudicare un appalto ovvero di non concludere un accordo quadro, a tutti i candidati; d) la data di stipula del contratto con l'aggiudicazione, ai soggetti di cui alla lettera a) del presente comma.”.

Infine il sesto comma 6 dell'articolo in esame precisa che “Le comunicazioni di cui al comma 5 sono fatte mediante posta elettronica certificata o strumento analogo negli Stati membri. Le comunicazioni di cui al comma 5, lettera a) e b), indicano la data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto”.

4.3. Occorre aggiungere che, sebbene la *ratio* delle disposizioni dell'art. 76 del D. Lgs. n. 50 del 2016 sia analoga a quella dell'art. 79 del D. Lgs. n. 163 del 2006, quest'ultima conteneva la specifica disposizione sull'accesso informale (comma 5 *quater*) che non compare nella prima.

4.4. L'art. 120, comma 5, cod. proc. amm. infine dispone che: “*Per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso, principale e incidentale e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente, per il ricorso principale, e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8, dello stesso decreto; ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto*”.

4.6. Ciò posto, si osserva quanto segue.

4.6.1. Innanzitutto:

a) a differenza del D. Lgs. n. 163 del 2006, il nuovo codice dei contratti pubblici (D. Lgs., n. 50 del 2016 e succ. modd. e integr.) all'art. 29, come evidenziato, prevede non solo l'obbligo generalizzato di pubblicazione sul profilo del committente, nella Sezione "Amministrazione trasparente", di tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatari delle procedure di affidamento degli appalti pubblici (così come ivi elencati e specificati), ma anche la espressa previsione che fatti, salvi gli atti a cui si applica l'articolo 73, comma 5 (cioè gli avvisi e i bandi), *"i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente"*.

L'A.N.A.C., ha ritenuto, nella delibera 28 dicembre 2016, n. 1310, recante *"Prime linee guida recanti indicazioni sull'attuazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni contenute nel d.lgs. 33/2013 come modificato dal d.lgs. 97/2016"*, che sono soggetti all'obbligo di pubblicazione anche "gli elenchi dei verbali delle commissioni di gara", salvo riconoscere la possibilità dell'accesso civico generalizzato ai predetti verbali, ai sensi degli artt. 5, co. 2, e 5 - *bis* del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33.

b) l'art. 76, pur avendo sostanzialmente la stessa *ratio* e finalità dell'art. 79 del previgente codice dei contratti pubblici (D. Lgs. n. 163 del 2006) e disciplinando anche la stessa materia delle informazioni ai concorrenti ai candidati (degli esiti dei procedimenti di affidamento degli appalti pubblici), non contiene alcuna previsione circa il fatto che quelle comunicazioni facciano decorrere il termine per

l'impugnazione dell'aggiudicazione, né disciplina la speciale forma di accesso informale, prima prevista dall'art. 79 del D. Lgs. 163 del 2006; c) si potrebbe dubitare dell'interpretazione "evolutiva" dell'art. 120, comma 5, c.p.a., nel senso di ritenere *sict et simpliciter* sostituito il richiamo all'art. 79 del D. Lgs. n. 79 del 2006 con l'art. 76 del D. Lgs. n. 50 del 2016, in quanto, ancorché ragionevolmente basata sulla *eadem ratio*, potrebbe non essere sistematicamente giustificabile in relazione alla non irrilevante questione dell'eliminazione dell'accesso informale con le sue ricadute sulla corretta individuazione del termine di decorrenza dell'impugnazione dell'aggiudicazione.

4.6.2. Dal punto di vista sistematico può ricavarsi che:

- a) il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre di norma dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara – tra cui devono comprendersi, non solamente gli "elenchi dei verbali", ma proprio i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate – in coerenza con la previsione contenuta nell'art. 29 del D. Lgs. n. 50 del 2016;
- b) le informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del D. Lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati ovvero per accertarne altri consentono la sola proposizione dei motivi aggiunti, eccettuata l'ipotesi da considerare patologica – con le ovvie conseguenze anche ai soli fini di eventuali responsabilità erariale – della omessa o incompleta pubblicazione prevista dal già citato articolo 29;
- c) dal punto di vista sistematico la previsione dell'art. 120, comma 5, c.p.a. che fa decorrere il termine per l'impugnazione degli atti di gara, in particolare dell'aggiudicazione dalla comunicazione individuale (ex

art. 78 del D. Lgs. n. 50 del 2016) ovvero dalla conoscenza comunque acquisita del provvedimento, deve intendersi nel senso che indica due modi (di conoscenza) e due momenti (di decorrenza) del tutto equivalenti ed equipollenti tra di loro, senza che la comunicazione individuale possa ritenersi modalità principale e prevalente e la conoscenza *aliunde* modalità secondaria o subordinata e meramente complementare;

d) in ogni caso, con riferimento a quanto considerato in precedenza sub d), la pubblicazione degli atti di gara ex art. 29 del D. Lgs. n. 50 del 2016 deve considerarsi rientrante in quelle modalità di conoscenza *aliunde*;

e) idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione devono considerare quelle forme di comunicazione e pubblicità individuate nella *lex specialis* di gara e accettate dagli operatori economici ai fini della stessa partecipazione alla procedura di gara.

f) resta il caso in cui l'esigenza di proporre ricorso emerga solamente dopo aver conosciuto i contenuti dell'offerta dell'aggiudicatario ovvero anche, come frequentemente accade, le giustificazioni rese dall'aggiudicatario nell'ambito del sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, documentazione per la quale non è prevista la pubblicazione, non rientrando tra gli "atti delle amministrazioni aggiudicatrici relativi...alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere..." ai sensi dell'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 ed, anzi, per i quali l'istanza di accesso è suscettibile di differimento ai sensi dell'art. 53, comma 2, lett. c) d.lgs. n. 50.

Per tale situazione spetterà all'Adunanza plenaria valutare se il termine per l'impugnazione decorra dalla comunicazione dell'aggiudicazione, secondo l'orientamento più rigoroso in precedenza descritto, con la possibilità di proporre motivi aggiunti qualora l'interessato sia venuto a conoscenza successivamente del vizio relativo all'offerta, ovvero se sia preferibile tener conto del tempo necessario ad accedere alla documentazione presentata in gara dall'aggiudicataria, specificando ulteriormente se ciò debba avvenire nelle forme dell'art. 76, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 ovvero in quelle dell'accesso ordinario di cui agli artt. 22 e ss. l. 7 agosto 1990, n. 241.

4.6.3. La Sezione pertanto, in considerazione della rilevanza e della pluralità degli interessi coinvolti nelle procedure di affidamento degli appalti pubblici, è dell'avviso che possa essere ritenuto più coerente ed aderente alle esigenze di celerità dei procedimenti di aggiudicazioni di affidamenti di appalti pubblici l'indirizzo giurisprudenziale sostanzialmente delineato al precedente par. 4.6.2., che risulta anche rispettoso e coerente con la disciplina della trasparenza cui è ispirato il nuovo codice dei contratti pubblici, di cui al D. Lgs. n. 50 del 2016, e che al contempo non comprime irragionevolmente la tutela giurisdizionale e assicurare ugualmente l'efficacia dei ricorsi giurisdizionali, cui è ispirata anche la normativa eurounitaria.

Il legislatore vuole che rapidamente sia risolto ogni dubbio sulla legittimità dei provvedimenti assunti nell'ambito di una procedura di evidenza pubblica; ma questo esige che sia dato alle parti un *dies certus* per poter far valere in giudizio le proprie ragioni; il diritto di difesa, altrimenti, resta compresso e il, pur previsto accesso al giudice,

meramente simbolico, come in precedenza (essendone stata disposta l'abrogazione dal c.d. sblocca cantieri) si aveva più di un dubbio di credere per il ricorso incidentale nell'ambito del rito super – accelerato di cui all'art. 120, comma 2 – bis Cod. proc. amm..

5. Pertanto si sottopongono all'Adunanza Plenaria le seguenti questioni:

a) se il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione possa decorrere di norma dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell'art. 29 del D. Lgs. n. 50 del 2016;

b) se le informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del D. Lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati ovvero per accertarne altri consentano la sola proposizione dei motivi aggiunti, eccettuata l'ipotesi da considerare patologica – con le ovvie conseguenze anche ai soli fini di eventuali responsabilità erariale – della omessa o incompleta pubblicazione prevista dal già citato articolo 29;

c) se la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara non sia giammai idonea a far slittare il termine per la impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, che decorre dalla pubblicazione ex art. 29 ovvero negli altri casi patologici dalla comunicazione ex art. 76, e legittima soltanto la eventuale proposizione dei motivi aggiunti, ovvero se essa comporti la dilazione temporale almeno con particolare riferimento al caso in cui le ragioni di doglianza siano tratte dalla conoscenza dei documenti che completano l'offerta

dell'aggiudicatario ovvero dalle giustificazioni da questi rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta;

d) se dal punto di vista sistematico la previsione dell'art. 120, comma 5, c.p.a. che fa decorrere il termine per l'impugnazione degli atti di gara, in particolare dell'aggiudicazione dalla comunicazione individuale (ex art. 78 del D. Lgs. n. 50 del 2018) ovvero dalla conoscenza comunque acquisita del provvedimento, debba intendersi nel senso che essa indica due modi (di conoscenza) e due momenti (di decorrenza) del tutto equivalenti ed equipollenti tra di loro, senza che la comunicazione individuale possa ritenersi modalità principale e prevalente e la conoscenza *aliunde* modalità secondaria o subordinata e meramente complementare;

e) se in ogni caso, con riferimento a quanto considerato in precedenza sub d), la pubblicazione degli atti di gara ex art. 29 del D. Lgs. n. 50 del 2016 debba considerarsi rientrante in quelle modalità di conoscenza *aliunde*;

f) se idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione debbano considerare quelle forme di comunicazione e pubblicità individuate nella *lex specialis* di gara e accettate dagli operatori economici ai fini della stessa partecipazione alla procedura di gara.

6. E' appena il caso di rilevare che la decisione delle predette questioni è rilevante nel presente giudizio per le circostanze di fatto già precedentemente descritte e che implicano la scelta tra l'indirizzo indicato come preferibile, che determinerebbe il rigetto del gravame, e quelli diversi emergenti dai ricordati orientamenti giurisprudenziali, che potrebbero invece condurre al suo accoglimento (con particolare

riferimento alla questione dello slittamento dei termini per impugnare in ragione dell'esperito accesso) .

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, ne dispone il deferimento all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato per la soluzione dei quesiti proposti, ai sensi dell'art. 99 c.p.a..

Manda alla segreteria della Sezione per gli adempimenti di competenza, e, in particolare, per la trasmissione del fascicolo di causa e della presente ordinanza al segretario incaricato di assistere all'Adunanza plenaria.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE
Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO