

Sulla “dilazione temporale” per impugnazione degli atti di gara: il termine è di 45 giorni

di Gianluigi Delle Cave

Data di pubblicazione: 27-11-2023

Circa l'individuazione del termine decadenziale per l'impugnazione degli atti di gara, con particolare riferimento al criterio della dilazione temporale, va preferito l'orientamento che propende per il cosiddetto “termine secco” e cioè per una dilazione non modulabile oltre i 45 giorni (derivanti dalla somma 30 più 15), essendo tale posizione più in sintonia con le indicazioni espresse dall'Adunanza plenaria n. 12 del 2020 e assicurando un'impostazione più coerente allo sviluppo dei contenziosi in una materia rilevante quale quella dei contratti pubblici caratterizzata da crescenti esigenze di celerità.

Guida alla lettura

Il Consiglio di Stato, con la sentenza in commento, torna sull'annosa questione del computo dei **termini decadenziali** per l'impugnazione degli atti di gara in caso di applicazione della c.d. “**dilazione temporale**”.

Anzitutto, i giudici di Palazzo Spada hanno chiarito come, in generale: (a) il termine di **trenta giorni** per impugnare l'aggiudicazione decorre dalla data della sua comunicazione o pubblicazione sull'albo pretorio *online* della stazione appaltante; (b) considerata la “dilazione temporale” di **15 giorni**, praticata sulla base della presentazione di una **istanza di accesso agli atti**, è consentita la notifica del ricorso **entro 45 giorni** dalla pubblicazione dell'aggiudicazione.

Secondo il giudice di *seconde cure*, il termine per l'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione (trenta giorni) non decorre quindi sempre dal momento della comunicazione, ma «può essere incrementato di un numero di giorni necessario affinché il soggetto che si ritenga leso dall'aggiudicazione possa avere piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di legittimità ove questi non siano oggettivamente evincibili dalla comunicazione stessa. In tal caso (presentazione istanza di accesso) la dilazione temporale è fissata nei quindici giorni previsti dal comma 2 dell'art. 76 del codice per la comunicazione delle ragioni dell'aggiudicazione su istanza dell'interessato» (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, n. 6251/2019).

Dunque, in via di principio, il termine decorre dalla pubblicazione generalizzata, inclusi i verbali, sul profilo *internet* della stazione appaltante per quei vizi percepibili direttamente ed immediatamente dai provvedimenti pubblicati, oppure dall'acquisizione delle informazioni che

le stazioni appaltanti devono comunicare, d'ufficio o a richiesta (ai sensi dell'art. 76 del d.lgs. n. 50/2016), «*se consente la conoscenza di ulteriori elementi di vizi già individuati o di accertare nuovi vizi per la presentazione di motivi aggiunti o del ricorso principale, nonché dalla comunicazione o dalla pubblicità nelle forme indicate negli atti di gara ed accettate dai partecipanti, purché gli atti siano comunicati o pubblicati con i relativi allegati*».

Nell'ipotesi di presentazione di una istanza di accesso, e solo se i motivi del ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario, il termine decadenziale di impugnazione è posticipato con la "dilazione temporale". Ciò per la necessità di dare rilievo «*alla diligenza dell'operatore economico, per aver tempestivamente formalizzato l'istanza ostensiva, e alla correttezza della stazione appaltante nell'altrettanto tempestivo riscontro della stessa*».

Pertanto, se l'istanza di accesso è presentata entro 15 giorni dalla comunicazione o pubblicazione dell'aggiudicazione, come è tempestivo il riscontro ostensivo, al termine per impugnare di 30 giorni si applica una corrispondente "dilazione temporale" di 15 giorni. Perciò il ricorso deve essere proposto entro il termine massimo di 45 giorni dalla comunicazione o pubblicazione. Nell'ipotesi contraria, laddove l'istanza di accesso è tardiva, dopo 15 giorni dalla comunicazione o pubblicazione dell'aggiudicazione, non opera la "dilazione temporale", per evitare che il termine di impugnazione non rimanga aperto o sia modulato *ad libitum*.

In ordine al **criterio** della dilazione temporale, i giudici amministrativi hanno ritenuto che vada preferito l'orientamento che propende per il cosiddetto "**termine secco**" e cioè «*per una dilazione non modulabile oltre i 45 giorni derivanti dalla somma 30 più 15*» (Cons. Stato, n. 3127/2021).

Secondo il Consiglio di Stato, infatti, tale posizione «*appare infatti più in sintonia con le indicazioni espresse dall'Adunanza plenaria n. 12 del 2020 ed in ogni caso sembra assicurare una impostazione più coerente allo sviluppo dei contenziosi in una materia rilevante quale quella dei contratti pubblici caratterizzata da crescenti esigenze di celerità*»

D'altra parte - specificano i giudici amministrativi - le legittime aspettative di difesa possono comunque essere assicurate mediante la proposizione di motivi aggiunti all'esito della resa delle informazioni previste dall'art. 76 del d.lgs. n. 50/2016, così da consentire l'apprezzamento ulteriore degli elementi che hanno concorso all'aggiudicazione.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 4689 del 2023, proposto dalla Sico - Società Italiana Carbuco Ossigeno s.p.a., in proprio e quale capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) con Medical Consulting s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giancarlo Turri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

l'Asl Roma 6, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Valerio Tallini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

della Sol s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

della Sapio Life s.r.l. e dalla Linde Medicale s.r.l. (costituite in RTI), in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Luigi Biamonti e Riccardo Francalanci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione terza, n. 8767 del 23 maggio 2023, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione di una gara per l'affidamento del servizio di gestione, distribuzione e fornitura di gas medicinali e tecnici, compresa la manutenzione degli impianti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Asl Roma 6, di Sol s.p.a., di Sapio Life s.r.l. e di Linde Medicale s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Vista l'istanza di passaggio in decisione delle società Sapio Life e Linde Medicale;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 ottobre 2023 il consigliere Nicola D'Angelo e uditi per le parti gli avvocati Giancarlo Turri, Valerio Tallini e Giuseppe Franco Ferrari;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la deliberazione del 14 febbraio 2023 n. 163 l'Asl Roma 6 aggiudicava alla società Sol la gara comunitaria a procedura aperta per l'affidamento del servizio di gestione, distribuzione e fornitura di gas medicinali e tecnici, compresa la manutenzione degli impianti, a servizio dei propri presidi.

1.1. La comunicazione dell'aggiudicazione agli operatori concorrenti, ai sensi dell'art. 76, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016 (codice dei contratti pubblici – di seguito codice), avveniva il 16 febbraio 2023 (alla gara hanno partecipato la Sol, prima in graduatoria, il raggruppamento temporaneo di imprese Sico e Medical Consulting, secondo in graduatoria, e il raggruppamento temporaneo Sapio Life e Linde Medicale, terzo in graduatoria).

1.2. In precedenza, in corso di gara, la Sico aveva presentato il 24 gennaio 2023 istanza di accesso alla documentazione delle società concorrenti e la Asl appaltante il 22 febbraio 2023, dopo l'intervenuta aggiudicazione, richiedeva alle stesse concorrenti eventuali motivi ostativi all'ostensione (il 24 febbraio 2023 la Sol opponeva un diniego parziale all'accesso alla sua documentazione tecnica).

1.3. In data 2 marzo 2023 l'Asl Roma 6 comunicava all'appellante di non poter trasmettere a mezzo pec la documentazione resa disponibile per effetto dell'accesso richiesto ma che, tuttavia, sarebbe stato comunque possibile prenderne visione recandosi personalmente presso gli uffici della stazione appaltante.

1.4. L'8 marzo 2023 avveniva infine il ritiro degli atti ostesi da parte della Sico.

1.5. Quest'ultima ha poi impugnato l'aggiudicazione dinanzi al Tar Lazio con ricorso notificato in data 7 aprile 2023.

2. Il Tar adito ha tuttavia dichiarato, con la sentenza indicata in epigrafe (n. 8767 del 2023), il ricorso irricevibile in quanto tardivo, compensando le spese di giudizio.

2.1. Secondo lo stesso Tribunale la notifica del gravame in data 7 aprile 2023 sarebbe stata fatta oltre il termine di 45 giorni decorrenti dalla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione del 16 febbraio 2023, termine computato in relazione alla dilazione conseguente alla proposizione dell'istanza di accesso (30 giorni con l'aggiunta di ulteriori 15 previsti dall'art. 76, comma 2, del codice).

2.2. Per il giudice di primo grado, che ha richiamato in proposito le conclusioni dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 12 del 2020 sull'esatta individuazione del termine di impugnazione nei provvedimenti di in materia di contratti pubblici, il termine ultimativo andava

individuato nel 45° giorno dalla comunicazione dell'aggiudicazione (3 aprile 2023).

3. Contro la suddetta sentenza ha proposto appello la società Sico sostenendo, innanzitutto, che il termine di proposizione del ricorso non doveva ritenersi coincidente con la data in cui i documenti si erano resi disponibili per il ritiro (ossia il 2 marzo 2023), bensì con la data in cui la stessa li aveva effettivamente ritirati (l'8 marzo 2023).

3.1. Solo da quest'ultima data la ricorrente avrebbe avuto conoscenza del contenuto della documentazione amministrativa e tecnica presentata in gara dalla Sol apprezzando l'illegittimità della deliberazione di aggiudica.

3.2. Più nel dettaglio, l'appellante evidenzia come la risposta all'istanza di accesso non sia stata tempestiva (dopo 15 giorni) con la conseguenza che il termine di impugnazione poteva decorrere solo dall'effettiva ostensione avvenuta l'8 marzo 2023 (l'istanza di accesso era stata presentata il 24 gennaio 2023 e sollecitata il 31 gennaio 2023, ma la stazione appaltante ha rinviato l'accesso all'aggiudicazione della gara, comunicata il 16 febbraio 2023. Da quest'ultima data avrebbe cominciato a decorrere il termine dei 15 giorni per l'ostensione della documentazione richiesta).

3.3. In sostanza, nel caso in esame, per parte appellante, non potrebbe trovare applicazione l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il termine di impugnazione, nel caso di proposizione di una istanza di accesso, è da considerarsi "secco", cioè pari a 45 giorni dall'avvenuta conoscenza dell'aggiudicazione (Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2023 n. 2736). Sul punto, infatti, si sarebbe formato anche un diverso orientamento secondo cui l'unico onere imposto all'operatore economico sarebbe stato quello di presentare istanza di accesso nel termine di quindici giorni dalla conoscibilità dell'atto lesivo con conseguente termine di proposizione del ricorso decorrente dall'esitazione dell'istanza di accesso (Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2022 n. 3197).

3.4. L'appellante, dopo aver sostenuto la ricevibilità del ricorso, ripropone i motivi di censura formulati in primo grado e di seguito sinteticamente indicati:

i) l'aggiudicataria non avrebbe dato conto di un grave incidente con conseguenze anche penali in una precedente fornitura, circostanza che avrebbe costituito una causa di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettere c) e c *bis*) e comma 6, del codice;

ii) l'aggiudicataria non avrebbe indicato le caratteristiche tecniche minime richieste dal capitolato;

iii) la Commissione di gara avrebbe valutato non congruamente l'offerta dell'aggiudicataria con riferimento ai sub criteri 1, 3, 4 e 6.

3.5. L'appellante ha anche evidenziato che avrebbe avuto diritto all'ostensione totale dei documenti richiesti (l'Asl ha concesso un accesso parziale alla documentazione dell'aggiudicataria per le ragioni di riservatezza indicate dalla stessa). Pertanto, non essendo stata esaminata dal Tar la relativa istanza, la ripropone ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a.,

ai fini di ottenere l'ostensione totale dell'offerta tecnica della contro interessata Sol.

4. L'Asl Roma 6 si è costituita in giudizio l'8 maggio 2023, la Sol il 12 giugno 2023, la Sapio Life insieme alla Linde Medicale il 21 giugno 2023. Tutte queste parti hanno chiesto il rigetto dell'appello.

5. La società appellante ha depositato ulteriori documenti il 9 giugno e il 14 settembre 2023.

6. L'Asl Roma 6 e la Sapio Life insieme alla Linde Medicale hanno depositato memorie il 4 luglio.

7. Con ordinanza cautelare n. 2761 del 7 luglio 2023 questa Sezione ha respinto l'istanza di sospensione degli effetti della sentenza impugnata, presentata contestualmente al ricorso, con la seguente motivazione: *“Considerato che, a prescindere dai profili in rito che potranno essere esaminati compiutamente in sede di merito, non appare, allo stato, sussistente un danno grave ed irreparabile”*.

8. Sono state depositate ulteriori memorie dalla Sapio Life insieme alla Linde Medicale il 18 settembre 2023, dalla Asl appellata, dall'appellante e da Sol il 19 settembre 2023, cui ha replicato la Sapio il 22 settembre 2023.

9. Parte appellante ha infine depositato una memoria il 22 settembre 2023 cui hanno replicato la Sol nella stessa data e la Asl Roma 6 il 23 settembre 2023.

10. La causa è stata trattenuta in decisione nell'udienza pubblica del 5 ottobre 2023.

11. L'appello non è fondato.

12. Le conclusioni del giudice di primo grado in ordine alla irricevibilità del ricorso sono condivisibili (il ricorso avrebbe dovuto essere proposto entro 45 giorni dalla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione, cioè entro il 3 aprile 2023 (il giorno 2 aprile cadeva di domenica), mentre la notifica dello stesso gravame è invece avvenuta tardivamente in data 7 aprile 2023).

12.1. La società appellante contesta tuttavia la decisione del Tar sostenendo che il termine di impugnazione avrebbe dovuto decorrere dall'8 marzo 2023, data nella quale i documenti richiesti con l'accesso si sono resi ostensibili.

13. Ciò premesso, la concatenazione temporale dei fatti è stata la seguente:

- il provvedimento di aggiudicazione riporta la data del 14 febbraio 2023 ed è stato comunicato ai concorrenti il 16 febbraio 2023;

- in data 24 gennaio 2023 la ricorrente ha inoltrato una istanza di accesso agli atti relativi alla documentazione di gara delle ditte concorrenti;

- in data 2 marzo 2023 l'Asl Roma 6 ha comunicato all'appellante di non poter trasmettere a mezzo pec la documentazione ostesa per effetto dell'accesso richiesto, ma che sarebbe stato comunque possibile prenderne visione recandosi personalmente presso gli uffici della stazione appaltante;

- in data 8 marzo 2023 la società ricorrente ha ritirato materialmente copia della documentazione richiesta e, in particolare, copia della documentazione amministrativa, dell'offerta tecnica e dell'offerta economica delle ditte concorrenti.

13.1. In relazione a tale sequenza temporale, è possibile innanzitutto rilevare che l'accesso richiesto dalla società appellante il 24 gennaio 2023 trovava ostacolo in quanto previsto dall'art. 53, comma 2, del codice laddove ne differiva l'esito successivamente al provvedimento di aggiudicazione.

13.2. Quanto all'esatto computo dei termini decadenziali va rilevato in generale che:

a) il termine di trenta giorni per impugnare l'aggiudicazione decorre dalla data della sua comunicazione o pubblicazione sull'albo pretorio *on line* della stazione appaltante;

b) considerata la "dilazione temporale" di 15 giorni, praticata sulla base della presentazione di una istanza di accesso agli atti, è consentita la notifica del ricorso entro 45 giorni dalla pubblicazione dell'aggiudicazione.

13.3. Il termine per l'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione (trenta giorni) non decorre quindi sempre dal momento della comunicazione, ma può essere incrementato di un numero di giorni necessario affinché il soggetto che si ritenga leso dall'aggiudicazione possa avere piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di legittimità ove questi non siano oggettivamente evincibili dalla comunicazione stessa. In tal caso (presentazione istanza di accesso) la dilazione temporale è fissata nei quindici giorni previsti dal comma 2 dell'art. 76 del codice per la comunicazione delle ragioni dell'aggiudicazione su istanza dell'interessato (cfr. *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 20 settembre 2019, n. 6251).

13.4. Nel caso in esame, la sentenza impugnata ha richiamato i principi di diritto affermati dall'Adunanza plenaria con la sentenza 2 luglio 2020, n. 12 sul termine di impugnazione dei provvedimenti in materia di affidamento dei contratti pubblici, nonché la successiva elaborazione giurisprudenziale relativa all'applicazione del criterio della "dilazione temporale".

13.5. Sulla base di tali richiami si può effettivamente convenire con il giudice di primo grado nella prospettiva di quanto chiarito dall'Adunanza plenaria, che afferma che l'individuazione del *dies a quo* del termine decadenziale di impugnazione degli atti di gara è modulata sulla base di momenti diversi della loro conoscenza.

13.6. Dunque, in via di principio, il termine decorre dalla pubblicazione generalizzata, inclusi i verbali, sul profilo internet della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 29, comma 1, del codice per quei vizi percepibili direttamente ed immediatamente dai provvedimenti pubblicati, oppure dall'acquisizione delle informazioni che le stazioni appaltanti devono comunicare,

d'ufficio o a richiesta, ai sensi dell'art. 76 del codice, se consente la conoscenza di ulteriori elementi di vizi già individuati o di accertare nuovi vizi per la presentazione di motivi aggiunti o del ricorso principale, nonché dalla comunicazione o dalla pubblicità nelle forme indicate negli atti di gara ed accettate dai partecipanti, purché gli atti siano comunicati o pubblicati con i relativi allegati.

13.7. Nell'ipotesi di presentazione di una istanza di accesso, e solo se i motivi del ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario, il termine decadenziale di impugnazione è posticipato con la "dilazione temporale". Ciò per la necessità di dare rilievo alla diligenza dell'operatore economico, per aver tempestivamente formalizzato l'istanza ostensiva, e alla correttezza della stazione appaltante nell'altrettanto tempestivo riscontro della stessa.

13.8. Se l'istanza di accesso è presentata entro 15 giorni dalla comunicazione o pubblicazione dell'aggiudicazione, come è tempestivo il riscontro ostensivo, al termine per impugnare di 30 giorni si applica una corrispondente "dilazione temporale" di 15 giorni. Perciò il ricorso deve essere proposto entro il termine massimo di 45 giorni dalla comunicazione o pubblicazione. Nell'ipotesi contraria, laddove l'istanza di accesso è tardiva, dopo 15 giorni dalla comunicazione o pubblicazione dell'aggiudicazione, non opera la "dilazione temporale", per evitare che il termine di impugnazione non rimanga aperto o sia modulato *ad libitum*.

14. Parte appellante, come detto, critica le conclusioni del Tar sostenendo che lo stesso si sarebbe limitato a contare i giorni intercorrenti tra la comunicazione di aggiudicazione e la notifica del ricorso, omettendo del tutto l'esame della vicenda relativa all'accesso. In particolare, la ricorrente ha evidenziato la tempestività del ricorso con riferimento all'applicazione dei principi della "dilazione temporale" che avrebbe dovuto condurre a ritenere quale *dies a quo* quello della effettiva consegna della documentazione richiesta.

14.1. La tesi di parte appellante non può essere condivisa. In ordine al criterio della dilazione temporale si ritiene che vada preferito l'orientamento che propende per il cosiddetto "termine secco" e cioè per una dilazione non modulabile oltre i 45 giorni derivanti dalla somma 30 più 15 (cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 aprile 2021, n. 3127).

14.2. Tale posizione appare infatti più in sintonia con le indicazioni espresse dall'Adunanza plenaria n. 12 del 2020 ed in ogni caso sembra assicurare una impostazione più coerente allo sviluppo dei contenziosi in una materia rilevante quale quella dei contratti pubblici caratterizzata da crescenti esigenze di celerità (sul punto non si ritiene necessaria una rimessione all'Adunanza plenaria le cui conclusioni, come detto, sono state ampiamente richiamate nella fattispecie in esame).

14.3. D'altra parte, le legittime aspettative di difesa possono comunque essere assicurate mediante la proposizione di motivi aggiunti all'esito della resa delle informazioni previste dall'art. 76 del codice, così da consentire l'apprezzamento ulteriore degli elementi che hanno concorso all'aggiudicazione.

14.4. In concreto, il provvedimento di aggiudicazione è stato comunicato ai concorrenti in gara

il 16 febbraio 2023, mentre il ricorso è stato notificato in data 7 aprile 2023 quindi 49 giorni dopo.

14.5. Né può ravvisarsi una condotta censurabile dell'Amministrazione la quale ha preservato la validità della originaria richiesta di accesso proposta prima dell'aggiudica o un ritardo nell'ostensione, tenuto conto della necessaria interlocuzione con le ditte interessate dalla richiesta di accesso e dell'esito ostensivo realizzatosi il giorno 2 marzo 2023, cioè nel termine di 15 giorni dalla comunicazione dell'intervenuta aggiudicazione (con conseguente spazio di 26 giorni per la notificazione del ricorso entro il 3 aprile 2023).

15. Relativamente all'istanza *ex art.* 116, comma 2, c.p.a., anche volendo prescindere dall'effetto sul tema della confermata irricevibilità, non è comprovata la stretta indispensabilità dell'ostensione degli ulteriori atti rispetto a quelli comunque dati in visione. Tale dimostrazione si sarebbe resa ancor più necessaria in relazione alla pretesa della ditta aggiudicataria di mantenere la segretezza del proprio *know how* (cfr. Cons. Stato, Ad. plen. 18 marzo 2021, n. 4).

16. Per le ragioni sopra esposte, l'appello va respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza impugnata.

17. Sussistono giuste ragioni per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello n. 4689 del 2023, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 ottobre 2023.