

Massima: Termine di trenta giorni per l'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione.

Sentenza Consiglio di Stato n. 5178 del 04/09/2018



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 4052 del 2017, proposto da: Vedetta 2 Mondialpol s.p.a., in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. con la Alarm Engineering System s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Barbara Bari, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Nicola Laurenti in Roma, via F. Denza, n. 50/A;

contro

Comune di Belluno, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Gabriele Bicego, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Stefano Gattamelata in Roma, via di Monte Fiore, n. 22;

nei confronti

Vigilanza Privata Serenissima Soc. Coop., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO – VENEZIA, SEZIONE I n. 00422/2017, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione definitiva del servizio di teleallarme e vigilanza per il periodo 1 ottobre 2016 – 30 settembre 2021.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 febbraio 2018 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Bari e Bicego;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con la sentenza n.422 del 28 aprile 2017 il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, sez. I, nella resistenza dell'intimato Comune di Belluno, ha dichiarato irricevibile il ricorso proposto dalla Vedetta 2 Mondialpol s.p.a. avverso il provvedimento (determinazione n. 725 del 20 settembre 2016) con il quale l'Amministrazione di Belluno ha aggiudicato definitivamente alla Vigilanza Privata Serenissima Soc. Coop. il servizio di teleallarme/vigilanza per cinque anni (dal 1° ottobre 2016 al 30 settembre 2021).

Secondo il Tribunale, infatti, il ricorso notificato a mezzo di posta raccomandata spedita il 5 dicembre 2016 era da considerarsi tardivo (ex art. 120, comma 5, Cod. proc. amm.) rispetto alla data del 28 ottobre 2016 in cui l'Amministrazione appaltante aveva consentito la visione degli atti di gara.

2. - La Vedetta Mondialpol S.p.A. ha chiesto la riforma di tale sentenza, deducendo l'erroneità e l'ingiustizia alla stregua di due motivi di gravame, il primo rubricato "I. Sulla tempestività del ricorso – violazione e/o falsa applicazione degli artt. 52 e 53 D. lgs. 50/16, e dell'art. 22 e ss. L. 241/1990 – eccesso di potere per irrazionalità e/o irragionevolezza della sentenza impugnata"; il secondo "II. Omessa pronuncia dei motivi di merito. Violazione della *lex specialis*. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 76 D. Lgs. 50/2016; eccesso di potere per erronea e/o falsa valutazione per errore sui presupposti di fatto; per travisamento dei fatti, carente e insufficiente istruttoria; omessa, carente, illogica motivazione – violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3 l. n. 241/1990".

L'appellante ha altresì riproposto la domanda risarcitoria.

3. - Ha resistito al gravame il Comune di Belluno, che ne ha dedotto l'inammissibilità e l'infondatezza, chiedendone il rigetto.

4. - Respinta la domanda cautelare di sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata con ordinanza n. 3449 del 31 agosto 2017, nell'imminenza dell'udienza di trattazione le parti hanno illustrato con apposite memorie le proprie rispettive tesi difensive; all'udienza pubblica del 15 febbraio 2018, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

5. - L'appello è infondato e deve essere respinto.

5.1. - Con riferimento alla comunicazione dell'aggiudicazione di una gara di appalto, ai sensi dell'art. 79, comma 5, del previgente codice dei contratti pubblici, la cui disposizione è sostanzialmente analoga a quella di cui all'art. 76 del D. Lgs. n. 50 del 2016, la giurisprudenza ha

avuto modo di sottolineare che la previsione deve essere coordinata con le regole generali in materia di termine per proporre ricorso, ed in particolare con la "conoscenza" cui si riferisce il parimenti citato art. 120, comma 5, del codice del processo amministrativo (*ex multis* Cons. Stato, V, 1 agosto 2016, n. 3451; 3 febbraio 2016, n. 408, 13 marzo 2014, n. 1250; VI, 1 aprile 2016, n. 1298).

Detto orientamento è stato condiviso dalla Corte di Giustizia (sentenza 8 maggio 2014, in causa C-161/13), secondo cui l'art. 120 deve essere interpretato nel senso che il termine di trenta giorni per l'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione non decorre sempre e comunque dal momento della comunicazione di cui all'articolo 79 citato, ma, nel caso in cui emergano vizi riferibili ad atti diversi da quelli comunicati dalla stazione appaltante, dal giorno in cui l'interessato abbia avuto piena ed effettiva conoscenza, proprio in esito all'accesso, degli atti e delle vicende fino ad allora rimasti non noti.

5.2. - Sulla scorta delle indicate coordinate ermeneutiche, pienamente condivisibili anche perché rispettose dei principi costituzionali di cui agli artt. 24, 111 e 113, seppure deve sicuramente escludersi, indipendentemente da ogni altra considerazione, la fondatezza dell'eccezione sollevata dall'Amministrazione appellata, secondo cui il ricorso di primo grado di sarebbe stato comunque tardivo in relazione alla comunicazione dell'aggiudicazione, ex art. 76, comma 5, del D. Lgs. n. 50 del 2016, avvenuta il 20 settembre 2016, non essendo stata fornita alcuna prova che tale comunicazione fosse accompagnata anche dagli atti di gara che rendevano conoscibili gli eventuali vizi della procedura stessa, deve tuttavia ritenersi che correttamente i primi giudici hanno fatto decorrere il termine per l'impugnazione dal momento in cui l'Amministrazione, a seguito dell'istanza di accesso, ha reso effettivamente disponibili e conoscibili gli atti della procedura, e cioè dal 28 ottobre 2016 e non già dal 4 novembre 2016, data in cui l'impresa appellante ha effettivamente esercitato l'accesso.

Invero, diversamente da quanto suggestivamente prospettato dall'appellante, l'Amministrazione appaltante con la nota del 27 ottobre 2016, riscontrando la richiesta di accesso, non ha indicato due date alternative per esercitare l'accesso (28 ottobre 2016 o 4 novembre 2016), ma ha piuttosto fissato una sola data (28 ottobre 2016, indicando anche gli oneri il cui adempimento era imprescindibile per il corretto, immediato ed effettivo esercizio dell'accesso), precisando poi che "in caso di indisponibilità nel predetto giorno" l'accesso stesso avrebbe potuto essere esercitato "il giorno 4/11/2016 nelle stesse ore ovvero la settimana successiva in data da concordarsi".

5.3. - All'appellante non era stato affatto attribuita dall'Amministrazione la facoltà di scegliere il momento a lei più comodo per esercitare il diritto di accesso, quanto piuttosto, in applicazione dei canoni di comportamento di buona fede e leale collaborazione, era stata indicata un'altra data (o altre ancora da concordarsi) subordinatamente all'indisponibilità di esercitare l'accesso nella prima data: ciò del resto coerentemente con l'esercizio del diritto di difesa, senza tuttavia che il termine di impugnazione fosse inammissibilmente subordinato alla incondizionata libertà dell'interessata.

Poiché nessuna prova è stata fornita della indisponibilità obiettiva ed assoluta di esercitare il diritto di accesso proprio per il 28 ottobre 2016, non potendo tale indisponibilità coincidere con le mere difficoltà organizzative e/o di natura soggettiva indicate dall'appellante, il termine per l'impugnazione non poteva che decorrere dal momento in cui la documentazione è stata resa effettivamente disponibile, non potendo ammettersi, come correttamente sottolineato *ex adverso*, che il predetto termine nel caso di specie possa dipendere dalla mera volontà della parte.

6. - La sentenza di primo grado sul punto deve essere pertanto confermata, il che esime la Sezione dall'esame del secondo motivo di gravame (con cui sono state sostanzialmente riproposte le censure

di cui al ricorso introduttivo del giudizio, non esaminate) e della domanda risarcitoria (che presuppone la illegittimità del provvedimento impugnato).

7. - Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

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 Belluno, delle spese del presente grado di giudizio che liquida complessivamente in € 5.000,00 (cinquemila), oltre iva, cpa ed altri accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Stefano Fantini

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli