

La mera comunicazione verbale dell'esclusione dalla gara può far decorrere il termine per il ricorso al TAR.

“E' irricevibile il ricorso avverso l'esclusione da una gara d'appalto, che sia stato proposto oltre il termine di 30 giorni di cui all'art.120 comma 5 del d.lvo 2 luglio 2010 n.104 (Codice del processo amministrativo), decorrenti dal giorno della seduta della commissione di gara nella quale è stata disposta l'esclusione, nel caso in cui a tale seduta sia stato presente un soggetto appositamente delegato dal legale rappresentante della ditta esclusa. Tale presenza, infatti, è idonea a determinare la piena conoscenza dell'esclusione, sia pure acquisita con altre modalità rispetto alla ricezione della comunicazione di cui all'art.79 del d.lvo 12 aprile 2006 n.163 (Codice dei contratti pubblici)” (Tar Puglia, Bari, Sez.I, 1° marzo 2011 n.359).

La recente pronuncia del TAR Puglia merita di essere segnalata perché riporta all'attualità una questione che pareva sopita, dopo le ultime modifiche normative che hanno riguardato il contenzioso in materia di procedure di affidamento di appalti pubblici.

Infatti l'art.120 del Codice del processo amministrativo (d.lvo 2 luglio 2010 n.104), oltre a prevedere, per queste materie, la significativa riduzione del termine per la proposizione del ricorso al TAR (che è passato dai tradizionali 60 giorni agli attuali 30 giorni), aveva anche stabilito che questo termine decorresse *“dalla ricezione della comunicazione di cui all'art.79 d.lvo 163/06”*, e cioè dalla comunicazione scritta al concorrente dei motivi della propria esclusione dalla gara (cfr. art.79 co.5 lett.b).

Si era dunque ipotizzato che nell'ambito del contenzioso sugli appalti pubblici, anche in considerazione del dimezzamento del termine per ricorrere, non trovasse applicazione il principio generale di cui all'art.41 comma 2 d.lvo 104/10, che prevede che la decorrenza del termine di impugnazione, indipendentemente dalla formale comunicazione del provvedimento, abbia a decorrere dalla sua *“piena conoscenza”*, comunque intervenuta.

Tra l'altro l'art.79 co.5-bis cit. prevede anche il rispetto di rigorose forme per la comunicazione, che tendenzialmente deve avvenire a mezzo di lettera raccomandata o di posta elettronica certificata, mentre il fax può essere utilizzato soltanto nel caso in cui il concorrente, all'atto della presentazione della domanda di partecipazione, abbia autorizzato l'utilizzo di quest'ultimo mezzo. Si era anche ipotizzato, di conseguenza, che il termine di 30 giorni per l'impugnazione non iniziasse il suo corso qualora la comunicazione della stazione appaltante, pur presente, non avesse rigorosamente ottemperato alle descritte formalità.

Senonché il TAR Puglia, con la sentenza n.359/2011, si è mostrato di diverso avviso, ed ha stabilito che il termine di impugnazione possa decorrere anche prima della formale comunicazione di cui all'art.79 d.lvo 163/06, ove il concorrente abbia comunque avuto conoscenza dell'esclusione, per la presenza di un suo rappresentante alla seduta pubblica in cui tale esclusione è stata (verbalmente) comunicata.

Benché allo stato sia impossibile prevedere se tale orientamento andrà o meno consolidandosi, ovvie ragioni di cautela impongono alle imprese che partecipano a gare pubbliche di tenerne conto, scadenziando l'eventuale proposizione del ricorso al TAR entro il trentesimo giorno dalla seduta di gara in cui sia stata verbalmente comunicata l'esclusione. Sempre che, riteniamo di poter

aggiungere, a tale seduta fosse presente (e risulti a verbale che fosse presente) un soggetto in grado di rappresentare validamente l'impresa, o perché titolare di cariche o qualifiche formalmente attribuite, o perché comunque in possesso di una delega che, anche solo per quel giorno, lo qualifici rappresentante dell'impresa concorrente.

Resta poi un interrogativo, cui la sentenza del TAR Puglia non risponde. E cioè se analogo principio sulla decorrenza del termine di impugnazione debba valere anche nel caso in cui non si faccia questione di esclusione ma, come più frequentemente accade, si voglia semplicemente contestare l'aggiudicazione della gara a favore di altro concorrente. A tale domanda, a nostro avviso, deve darsi risposta negativa, anche perché –tendenzialmente- ad essere comunicata verbalmente in seduta pubblica è soltanto l'aggiudicazione provvisoria della gara, rispetto a cui, per consolidato orientamento del giudice amministrativo, vi è la facoltà, ma non l'onere dell'impugnazione (da ultimo Cons. Stato, Sez.V, 12 luglio 2010 n.4483). Sicché il termine per la proposizione del ricorso a pena di decadenza non potrebbe comunque decorrere fintanto che non sia pervenuta la formale comunicazione dell'aggiudicazione definitiva della gara, ai sensi del più volte citato art.79 d.lvo163/06 e secondo le forme ivi previste.

Avv. Marco Salina
(*Studio Legale Griselli Salina – Milano*)

Publicato su TEME, Rivista mensile di tecnica ed economia sanitaria, n.3.11, pag.30 e ss.