



17 NOVEMBRE 2021

Per la Corte costituzionale non c'è
incertezza sui termini per ricorrere nel
rito appalti: la sentenza n. 204 del 2021
e il creazionismo normativo
dell'Adunanza plenaria

di Maria Alessandra Sandulli
Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi Roma Tre

Per la Corte costituzionale non c'è incertezza sui termini per ricorrere nel rito appalti: la sentenza n. 204 del 2021 e il creazionismo normativo dell'Adunanza plenaria*

di Maria Alessandra Sandulli

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi Roma Tre

Abstract [It]: Muovendo dalla sentenza n. 204 del 2021 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'infondatezza della questione di l.c. dell'art. 120, c.p.a., che ancora la decorrenza dei termini di impugnazione degli atti di gara a un regime informativo ormai abrogato dal 2016, affermando la compatibilità costituzionale della soluzione "creata" dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, la nota affronta in termini critici il problema del creazionismo giurisprudenziale, riproposto dalle sentenze nn. 17 e 18 del 9 novembre sulle concessioni "balneari".

Abstract [En]: Starting from judgement no. 204 of 2021 with which the Constitutional Court declared as unfounded the question of the l.c. of article 120, c.p.a., which links the deadlines for contesting tender documents to an information system now repealed since 2016, affirming the constitutional compatibility of the solution "created" by the Plenary Assembly of the Council of State, the note addresses in critical terms the problem of jurisprudential creationism, re-proposed by judgments nos. 17 and 18 of 9 November on the beach concessions.

Parole chiave: Corte costituzionale; sentenza n. 204 del 2021; creazionismo giurisprudenziale; concessioni balneari; Consiglio di Stato

Keywords: Constitutional Court; judgment no. 204 of 2021; jurisprudential creationism; beach concessions; Council of State

Sommario: **1.** Premessa. **2.** La questione portata alla Corte costituzionale: il problema dell'individuazione del *dies a quo* del termine di impugnazione. **3.** La disciplina dell'art. 120, co. 5, c.p.a., il riferimento all'art. 79 del "primo" codice dei contratti pubblici e il "sistema" definito dalla giurisprudenza. **4.** I problemi sollevati dall'abrogazione dell'art. 79 per effetto del d.lgs. n. 50 del 2016. **5.** La sentenza Corte costituzionale n. 204 del 2021. **6.** Brevi cenni alle sentenze nn. 17 e 18 sulle concessioni "balneari".

1. Premessa

Con sentenza del 28 ottobre 2021, che reca un numero "evocativo" della ben nota pronuncia del 2004 sui criteri del riparto di giurisdizione, la Corte costituzionale, investita dal TAR Puglia, sez. di Lecce, con ord. 20 marzo 2020 n. 120, è intervenuta sulla sorprendente vicenda dell'omesso aggiornamento della disposizione dell'art. 120, comma 5, c.p.a., che ancora la decorrenza del termine per proporre il ricorso e gli eventuali motivi aggiunti contro l'aggiudicazione delle commesse pubbliche alla ricezione della

* Articolo sottoposto a referaggio. Questo lavoro è destinato al *Liber amicorum* in onore di Aldo Carosi.

comunicazione di cui all'art. 79 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, abrogato da ormai oltre 5 anni dal d.lgs. n. 50 del 2016¹.

La gravità della latitanza legislativa è di immediata evidenza anche quando si considera che anche la Corte di Giustizia ha ripetutamente sottolineato, proprio in riferimento alla *subiecta materia*, che “*gli Stati membri hanno l'obbligo di istituire un sistema di termini di decadenza sufficientemente preciso, chiaro e prevedibile, onde consentire ai singoli di conoscere i loro diritti ed obblighi?*” (*inter alia*, sentt. 14 febbraio 2019, in C-54/18, pt. 29 e 7 novembre 1996, in C-221/94, pt. 22).

La sentenza in commento, che dichiara l'infondatezza della questione in forza della ritenuta compatibilità costituzionale della lettura (*recte*, riscrittura) del sistema fornita dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la nota sentenza n. 12 del 2 luglio 2020² (successiva, come l'ordinanza di rinvio della V Sezione³, alla rimessione alla Consulta), ha sicuramente il pregio di dare, con il suo *imprimatur*, massima forza alla soluzione disegnata dall'organo di nomofilachia della giustizia amministrativa, ma merita una più attenta riflessione di ordine generale sotto il profilo dei confini del potere giurisdizionale⁴.

Riflessione resa ancora più necessaria alla luce delle recentissime sentenze nn. 17 e 18 del 9 novembre scorso, con le quali la stessa Adunanza plenaria è incisivamente intervenuta sulla delicatissima questione della proroga delle concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo (c.d. “concessioni balneari”)⁵, fissando autonomamente, in termini generali e astratti, le regole, attuali e future, della relativa durata “in vece” del Legislatore che, dopo avere, per anni, sistematicamente evitato di affrontare il tema,

¹ Sul tema, per tutti, M. LIPARI, *La decorrenza del termine per la proposizione del ricorso nel rito appalti dopo la decisione dell'Adunanza plenaria n. 12/2020: certezze acquisite e problemi applicativi aperti* in *Libro della giustizia amministrativa*, Torino, 2021, 35 ss.

² Su cui, *ex plurimis*, M.A. SANDULLI, *L'Adunanza Plenaria n. 12/2020 esclude i “ricorsi al buio” in materia di contratti pubblici, mentre il legislatore amplia le zone grigie della tutela*, in *giustiziainsieme.it*, e *L'Amministrativista.it*, 16 luglio 2020; F. GASPARI, *Decorrenza del termine per ricorrere, piena conoscenza dell'atto lesivo e giusto processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2020, 389 ss.; E. LUBRANO; *La decorrenza del termine nel processo-appalti (dalla conoscenza della motivazione e degli atti endoprocedimentali) dopo la Adunanza plenaria n. 12/2020: un principio da estendere a tutti i settori del processo amministrativo*, in *federalismi.it*, 27/2020; M. SANTINI, *L'Adunanza plenaria sulla decorrenza del termine per l'impugnazione degli atti di gara*, in *Urb.e app.*, 2020, 509 ss.; L. BERTONAZZI, *La decorrenza del termine per ricorrere contro l'aggiudicazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 3, 609 ss..

³ Ord. 2 aprile 2020 n. 2215, assunta in decisione alla c.c. del 5 dicembre 2019.

⁴ In argomento cfr. le riflessioni già svolte in M.A. SANDULLI, “*Principi e regole dell'azione amministrativa: riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale*”, in *federalismi.it*, n. 23 del 2017 e relativa *Postilla: Ancora sui rischi dell'incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici, in*, n. 11/2018, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il processo*, n. 3/2018, nonché, da ultimo, *La “risorsa” del giudice amministrativo*, in *Questione Giustizia*, 2021, cui si rinvia, anche per ulteriori richiami e, soprattutto, le Relazioni e gli Interventi sul tema alle Giornate di studio sulla giustizia amministrativa svolte a Modanella (SI) nei giorni 8 e 9 giugno 2018 su *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, Napoli, ES, 2018.

⁵ La questione è lucidamente ricostruita (e commentata) da B. CARAVITA e G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *federalismi.it* e da R. DIPACE, *All'Adunanza plenaria le questioni relative alla proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative*, in *giustiziainsieme.it*.

nel “ddl concorrenza 2021” (approvato dal CdM il 4 novembre scorso) ha espressamente avviato un percorso “istruttorio” per trovare una soluzione ragionevole di una questione che non si può risolvere solo in termini di apertura alla concorrenza⁶.

2. La questione portata alla Corte costituzionale: il problema dell'individuazione del *dies a quo* del termine di impugnazione

Ma restiamo alla sentenza n. 204.

Giova sinteticamente richiamare le origini -e i termini- della questione sottoposta alla Corte costituzionale.

Uno dei problemi più delicati e complessi della giustizia amministrativa -caratterizzata da stretti e rigidi termini di decadenza dal potere di azione (persino quella risarcitoria), con l'unica eccezione dell'azione per l'ottemperanza- è stato, tradizionalmente, quello dell'individuazione del *dies a quo* per la relativa decorrenza⁷. Ai più “classici” temi della distinzione tra pubblicazione legale e pubblicazione meramente notiziale, della necessità della notifica personale per gli atti specificamente incidenti sulle posizioni giuridiche di alcuni soggetti (tipica questione dei termini di impugnazione dei provvedimenti ablatori reali), del momento cui legare la “piena conoscenza” di un provvedimento autorizzativo dell'attività di un terzo, si sono, anzi, più recentemente, aggiunti, quelli della sufficienza della pubblicazione sul sito internet dell'amministrazione e della necessità di ostensione del contenuto motivazionale dell'atto per la maturazione della richiamata condizione di “piena conoscenza” dello stesso.

Significativamente, nel capo I della legge n. 241 del 1990, recante i “principi” fondanti dell'attività amministrativa, il legislatore ha, sin dal testo originario, inserito nell'art. 3, al co 4, la “regola” che “*in ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere*”, dando così conferma della – nota e obiettiva – difficoltà della loro autonoma individuazione. La disposizione è rimasta per lungo tempo inattuata, ma, anche a fronte della giurisprudenza, che, pur non leggendovi in vizio invalidante dell'atto, vi ha, per lo più – correttamente – legato una giustificazione di eventuali tardività

⁶ Le sentenze sono state, evidentemente, immediatamente oggetto di commenti sulla stampa quotidiana e su alcune rassegne on-line: cfr. tra gli altri, P. PORTALURI, *Concessioni balneari: giudizio netto, ora tocca al legislatore*, in *Il quotidiano di Puglia*, 10 novembre 2021; V. TONDI DELLA MURA, *Se la supplenza dei giudici aggrroviglia nodi e soluzioni*, in *dirittifondamentali.it*, 14 novembre 2021.

⁷ Cfr., tra o classici, E. CANNADA BARTOLI, *Decorrenza dei termini e possibilità di conoscenza dei vizi* in *Foro amm.*, 1961, I, 1085; A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, Morano Editore, 1963, 242 ss., il cui P.A. evidenziava che “*il legislatore ha voluto che la decadenza per decorso del termine, dalla possibilità di proporre il ricorso, si verifichi solo in quanto, conoscendo l'atto in misura sufficiente per individuare anche i difetti incidenti nel campo della propria sfera giuridica, l'interessato abbia lasciato trascorrere inutilmente il termine fatale*”.

nella sua impugnazione (o di eventuali errori nell'individuazione del giudice competente), è ormai tendenzialmente rispettata.

Essa però non riduce, di fatto, i problemi sopra esposti, perché, per un verso, si limita agli atti “notificati” (e dunque lascia aperto il tema della valenza delle diverse forme di pubblicazione) e, per l'altro, le pubbliche amministrazioni, nell'indicare il termine per l'impugnazione, non si pongono, purtroppo, il problema dell'idoneità del contenuto dell'atto “notificato” a integrare la “piena conoscenza” necessaria per una “consapevole” valutazione dell'opportunità della sua impugnazione⁸.

L'importanza della effettiva conoscenza delle motivazioni alla base della decisione assunta per percepire, oltre alla sua lesività, la sua eventuale “ingiustizia”, e assumere le conseguenti decisioni in ordine all'intrapresa di specifiche azioni giurisdizionali, è ben evidente alle Istituzioni europee, che, nella Direttiva 2007/66/CE, intervenendo sulle Direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE in tema di ricorsi contro gli atti delle procedure di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (unico caso in cui hanno fissato regole “processuali”), hanno, come noto, opportunamente disposto (al sesto *Considerando*) che gli Stati membri devono stabilire un termine sospensivo minimo per la stipula dei contratti, per “concedere agli offerenti interessati sufficiente tempo per esaminare la decisione d'aggiudicazione dell'appalto e valutare se sia opportuno avviare una procedura di ricorso”. E ha a tale scopo precisato che “Quando la decisione di aggiudicazione è loro notificata, gli offerenti interessati dovrebbero ricevere le informazioni pertinenti, che sono loro indispensabili per presentare un ricorso efficace. Lo stesso vale di conseguenza per i candidati se l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore non hanno messo tempestivamente a disposizione informazioni circa il rigetto della loro domanda”; e, ancor più significativamente, che (*Considerando* 7) “Tali informazioni pertinenti comprendono in particolare una relazione sintetica dei motivi pertinenti, come disposto all'articolo 41 della direttiva 2004/18/CE e all'articolo 49 della direttiva 2004/17/CE”. Le riferite “considerazioni” sono tradotte in precetti negli artt.

⁸ *Inter alia*, in argomento; S. BACCARINI, *La comunicazione del provvedimento amministrativo tra prassi e nuove garanzie*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 1, 8; ID, *Motivazione ed effettività della tutela*, in *giustamm.it*; R. POLITI, *Decorrenza del termine per l'impugnazione del provvedimento in sede giurisdizionale e conoscenza della motivazione dell'atto: spunti di riflessione*, in *TAR*, 1999, 2, 133; R. DAMONTE, *Conoscenza del provvedimento amministrativo e termini di proposizione del ricorso al giudice amministrativo*, in *Riv. giur. edil.*, 2000, 1, 1135; F. CEGLIO, *La piena conoscenza e la decorrenza del termine per la proposizione del ricorso*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 5, 495; A. REGGIO D'ACI, *La piena conoscenza del provvedimento amministrativo e la decorrenza del termine per la sua impugnazione*, in *Urb. e app.*, 2007, 11, 1367; S. DE PAOLIS, B. RINALDI, *Piena conoscenza ed effettività della tutela: riflessioni e attualità del pensiero dei maestri*, in *Atti del convegno l'impugnabilità degli atti amministrativi, Giornate di studio in onore di E. CANNADA BARTOLI*, 13-14 giugno 2008, cit., e in *giustamm.it*; A. MARRA, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, 2012; L. FERRARA, *Motivazione e impugnabilità degli atti amministrativi*, in *Foro amm. TAR*, fasc.4, 2008, pag. 1193; e, più recentemente, M. RAMAJOLI, *Riflessioni critiche sulla ragionevolezza della disciplina dei termini per ricorrere nel processo amministrativo*, in *federalismi.it*, 17/2018; S. MARTINO, *Termine di decadenza e la sua decorrenza: regole, applicazione, prospettive*, in *Principio di ragionevolezza*, cit. 223 ss.; nonché ,per un confronto con gli ordinamenti, francese e tedesco, gli atti dell'Incontro di studio su *Profili soggettivi e oggettivi della giustizia amministrativa: il confronto*, svoltosi presso l'Università degli Studi Roma TRE il 30 gennaio 2017.

2-bis⁹ e 2-quater¹⁰ della stessa Direttiva. In sede interpretativa, la Corte di Giustizia ha poi evidenziato, proprio con riferimento al nostro ordinamento, che i termini imposti per proporre i ricorsi avverso gli atti delle procedure di affidamento cominciano a decorrere solo quando *‘il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione?’* (Sez. IV, 14 febbraio 2019, in C-54/18, pt 21, 32 e 45; Sez. V, 8 maggio 2014, in C-161/13, pt. 37).

Nonostante la chiarezza delle riferite disposizioni, nella pratica il problema stenta però a trovare una soluzione.

In termini generali, esse devono essere combinate con il già richiamato art. 3 l. 241/90 -che, al secondo periodo del primo comma, precisa che *“la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell’amministrazione, in relazione alle risultanze dell’istruttoria”* e aggiunge al terzo comma che *“se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell’amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest’ultima deve essere indicato e reso disponibile, a norma della presente legge, anche l’atto cui essa si richiama”*- e con l’art. 41, comma 1, del c.p.a., che, al secondo comma, dispone, in modo estremamente “vago”, che *“qualora sia proposta azione di annullamento il ricorso deve essere notificato, a pena di decadenza (...) entro il termine previsto dalla legge, decorrente dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza, ovvero per gli atti di cui non sia richiesta la notificazione individuale, dal giorno in cui sia scaduto il termine della pubblicazione se questa sia prevista dalla legge o in base alla legge”*. Nonostante la richiamata Direttiva, al Considerando 36, abbia espressamente cura di precisare che le sue disposizioni *“mira[no] in particolare a garantire il pieno rispetto del diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, conformemente all’articolo 47, primo e secondo comma, di detta Carta”*, e, dunque, sicuramente si estendono (anche in virtù dell’effetto *spill over*) anche al di fuori della materia dei contratti pubblici, i redattori del nostro codice processuale non hanno ritenuto di operare un esplicito raccordo tra il rispetto degli obblighi di motivazione e ostensione di cui all’art. 3 l. 241/90 e la

⁹ *“La comunicazione della decisione di aggiudicazione ad ogni offerente e candidato interessato è accompagnata da:*

- *una relazione sintetica dei motivi pertinenti di cui all’articolo 41, paragrafo 2, della direttiva 2004/18/CE, fatte salve le disposizioni dell’articolo 41, paragrafo 3, della medesima, e*
- *una precisa indicazione del termine sospensivo esatto applicabile conformemente alle disposizioni della legislazione nazionale di trasposizione del presente paragrafo”*.

¹⁰ *“Quando uno Stato membro stabilisce che qualsiasi ricorso avverso una decisione presa da un’amministrazione aggiudicatrice nel quadro di o in relazione ad una procedura di aggiudicazione di un appalto disciplinata dalla direttiva 2004/18/CE debba essere presentato prima dello scadere di un determinato termine, quest’ultimo è di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione dell’amministrazione aggiudicatrice è stata inviata all’offerente o al candidato, se la spedizione è avvenuta per fax o per via elettronica, oppure, se la spedizione è avvenuta con altri mezzi di comunicazione, di almeno quindici giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione dell’amministrazione aggiudicatrice è stata inviata all’offerente o al candidato o di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data di ricezione della decisione dell’amministrazione aggiudicatrice. La comunicazione della decisione dell’amministrazione aggiudicatrice ad ogni offerente o candidato è accompagnata da una relazione sintetica dei motivi pertinenti. In caso di presentazione di un ricorso relativo alle decisioni di cui all’articolo 2, paragrafo 1, lettera b), della presente direttiva che non sono soggette ad una notifica specifica, il termine è di almeno dieci giorni civili dalla data della pubblicazione della decisione di cui trattasi”*.

decorrenza del termine di impugnazione (coincidente, peraltro, come noto, con quello delle azioni di nullità e di adempimento).

Resta così aperto (oltre al problema, non semplice, dell'individuazione della scadenza del “*termine della pubblicazione*” prevista, non solo “*dalla legge*”, ma anche “*in base alla legge*”) l'annoso problema della compatibilità con il diritto di difesa (e della ragionevolezza) dell'onere di proporre un ricorso “al buio” quando dall'atto pubblicato/notificato e da quelli che la p.A. ha contestualmente messo a disposizione del soggetto potenzialmente leso non emergano (ancora) i vizi che lo stesso ritiene poi opportuno denunciare al giudice amministrativo (si pensi, per tutti, al caso della mancata ammissione alle prove di un concorso, per vizi inerenti ai criteri e alle operazioni/valutazioni che l'hanno determinata fino a quando essi non siano stati resi disponibili; o all'impugnazione del permesso di costruire rilasciato a un vicino per vizi inerenti al progetto o, in generale, alla contestazione di qualunque atto per vizi legati ai suoi presupposti di cui il soggetto non abbia piena e immediata conoscibilità).

La ragione della genericità della disposizione è verosimilmente da ricercare nella oggettiva difficoltà di trovare un equilibrio “generale e astratto” tra l'esigenza di stabilità degli atti amministrativi, sottesa alla previsione di un termine “breve” (60 o in materia di appalti 30 giorni) per la relativa impugnazione e quella di garantire al destinatario o controinteressato “diligente” e non strumentalmente “attendista” la possibilità di decidere *cognita causa* se affrontare gli oneri -peraltro non esclusivamente economici- di un'azione giurisdizionale.

3. La disciplina dell'art. 120, co. 5, c.p.a., il riferimento all'art. 79 del “primo” codice dei contratti pubblici e il “sistema” definito dalla giurisprudenza

Come in altri casi, la materia dell'affidamento delle commesse pubbliche, anche grazie alle Istituzioni europee, fa però da “apri pista”: pertanto, nel ricostruire, nel d.lgs. n. 53 del 2010 (di attuazione della Direttiva 66/07) le regole del rito speciale per la trattazione delle relative controversie, trasfuse, poi, con importanti modificazioni e integrazioni, nel d.lgs. n. 104 del 2010 (di approvazione del c.p.a.), il nostro legislatore ha cercato di creare un “sistema” coordinato tra procedimento e processo, e in specie tra informazione e impugnazione, che rispettasse entrambe le esigenze.

Il decreto attuativo della Direttiva 66/07 è invero intervenuto con diverse disposizioni, sostanziali e processuali, sul d.lgs. 163/2006 (il “primo” codice degli appalti pubblici), facendo, per un verso, espressamente carico alla stazione committente di “avvisare” i candidati e gli offerenti delle decisioni assunte “*circa i mancati inviti, le esclusioni e le aggiudicazioni*” attraverso un'apposita “*comunicazione*” del provvedimento e delle relative motivazioni (art. 79) mettendo a loro disposizione gli atti del procedimento

(art. 79, co 5-*quater*) e cercando, per l'altro verso, di legare a tali informazioni la decorrenza del termine di impugnazione (art. 245, co 2-*quinquies* e 2-*sexies*).

Il “sistema” è stato poi completato e raffinato dall'art.120 c.p.a., che, nel confermare la dimidiazione del termine ordinario di impugnazione per i ricorsi avverso gli atti delle suddette procedure (escludendo coerentemente la possibilità di utilizzare il rimedio alternativo del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica), ha stabilito -e tutt'ora stabilisce- al comma 5 (che ha scatenato il dibattito nel quale è intervenuta la sentenza in commento), che detto termine (dimidiato) di impugnazione “*decorre[n]te, 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. Per il ricorso incidentale la decorrenza del termine è disciplinata dall'articolo 42*”.

La disposizione si è sin da subito rivelata infelice nella parte in cui letteralmente collega alla comunicazione di cui al citato art. 79 (precedente all'accesso) anche la proposizione di censure che -salvo rari casi di integrazione del ricorso con una censura non immediatamente dedotta su vizi già conoscibili- sono determinate dalla sopravvenuta conoscenza di atti e/o fatti diversi da quelli su cui si è fondato il ricorso (“*motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati?*”), normalmente acquisita attraverso l'accesso. Come purtroppo sempre più spesso accade, la “palla” veniva così passata alla giurisprudenza, che, se per un verso, in applicazione dei principi generali, ha evidentemente ribadito la regola consolidata di ammissibilità della proposizione di motivi aggiunti entro il termine di 30 giorni dalla conoscenza degli atti/fatti/documenti da cui sono evincibili i nuovi vizi (escludendo ovviamente che il termine impugnatorio potesse decorrere, anche per i motivi aggiunti legati a tali vizi, dalla comunicazione dell'aggiudicazione), per l'altro verso ha svolto un complesso lavoro ermeneutico per coniare una soluzione che, per meglio rispondere ai canoni della Direttiva, incrementava (in via pretoria) il termine di impugnazione dei provvedimenti oggetto della comunicazione di cui all'art. 79 del d.lgs. n. 163 del 2006 dai quali l'interessato non potesse ancora desumere alcun vizio, dell'ulteriore lasso temporale entro il quale, ai sensi del suo co 5-*quater*, la SA doveva consentirgli di esercitare, subito e a prescindere da apposite richieste, l'accesso agli atti dei relativi procedimenti.

Il percorso giurisprudenziale che aveva condotto alla riferita soluzione è noto¹¹ e ben ricostruito dalla sentenza n. 4432 del 2014 della III Sezione del Consiglio di Stato. Ai nostri fini è sufficiente ricordare che la Corte di Giustizia CE, investita dal TAR Puglia, Sezione di Bari, ha chiarito al riguardo -con

¹¹ Cfr. l'ord. C. Stato, sez. III, n. 790 dell'11.2.2013 di rimessione all'Ad.Pl.; l'ord. dell'Ad.Pl. n. 14 del 20.5.2013 che rinviava la decisione in attesa di quella che doveva essere presa dalla Corte di Giustizia CE su analoga questione sollevata dal T.A.R. per la Puglia, Sede di Bari, con ordinanza n. 427 del 2013 e la sent. della Corte di Giustizia CE, Sez. V, 8.5.2014, in causa C-161/13.

decisione della V Sezione, 8.5.2014, in causa C-161/13- che l'art. 120 c.p.a. dovesse essere interpretato nel senso che il termine di 30 giorni per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione non decorre sempre e comunque dal momento della comunicazione di cui all'art. 79 cit.; ma, nel caso in cui emergano vizi riferibili ad atti diversi da quelli 'comunicati', 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. Da ciò la giurisprudenza amministrativa aveva tratto la conclusione che, nel caso in cui l'interesse ad impugnare il provvedimento "comunicato" sorga in relazione ad atti (e/o condotte e vizi di legittimità) conosciuti in occasione dell'accesso, il termine decadenziale 'slitta in avanti' (*rectius*: va incrementato) di un numero di giorni pari a quello che si è reso necessario per acquisirne la piena conoscenza.

In particolare, con la richiamata sentenza n. 4432 del 2014, la III Sezione osservava che, avendo la Corte di Giustizia affermato, nella suddetta decisione, che ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione possono essere garantiti soltanto se i termini imposti per proporre tali ricorsi comincino a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione di dette disposizioni e che, per le irregolarità asseritamente commesse prima della decisione di aggiudicazione dell'appalto, un offerente è legittimato a proporre un ricorso di annullamento contro la decisione di aggiudicazione soltanto entro il termine specifico previsto a tal fine dal diritto nazionale, occorre necessariamente fornire una interpretazione delle riferite disposizioni del diritto nazionale riguardanti il termine di impugnazione di una aggiudicazione di un appalto pubblico, che fosse coerente con i principi affermati dal Giudice sovranazionale (anche in altre precedenti decisioni: cfr. Corte di Giustizia CE, III Sezione, 28 gennaio 2010 in causa C-406/08).

In questo spirito, anche in considerazione delle particolari esigenze di tutela connesse alla derivazione comunitaria delle disposizioni sostanziali e processuali richiamate, e nel bilanciamento fra i vari interessi coinvolti, si riteneva pertanto di dover condividere il principio interpretativo, sostenuto dal Consiglio di Stato, Sez. VI, nell'ordinanza n. 790 dell'11 febbraio 2013 (che, prima dell'intervento della CGUE, aveva investito della questione l'Adunanza plenaria), secondo cui il termine di 30 giorni per l'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione non decorre sempre dal momento della comunicazione, di cui ai commi 2 e 5 dell'articolo 79, ma poteva essere *«incrementato di un numero di giorni pari a quello necessario affinché il soggetto (che si ritenga) leso dall'aggiudicazione possa avere piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di illegittimità (laddove questi non fossero oggettivamente evincibili dalla richiamata comunicazione) e – comunque – entro il limite dei dieci giorni che il richiamato comma 5-quater fissa per esperire la particolare forma di accesso - semplificato ed accelerato - ivi disciplinata»*.

Sottolinea, al riguardo, opportunamente, la sentenza 4432 che la proposta interpretazione consente, al contempo, il sostanziale rispetto delle esigenze acceleratorie, di cui è portatore il citato art. 120 del c.p.a., e quello del “*consolidato principio secondo il quale solo dalla piena conoscenza dell'atto censurato (o comunque dalla sua piena conoscibilità) inizia a decorrere il termine per la sua impugnazione*”. L'art. 120 del c.p.a. nel far riferimento alla comunicazione di cui all'art. 79 d.lgs. 163/2006 rende(va) infatti possibile fare riferimento anche alla disposizione di cui al citato co 5- *quater* del suddetto articolo, che regola(va) l'accesso informale agli atti del procedimento di gara garantendolo entro un termine “oggettivamente certo”.

E poiché, come si è visto, l'art. 79 d.lgs. 163/2006 (in linea con le esigenze di celerità che caratterizzano il procedimento in materia di affidamento di lavori, forniture e servizi pubblici) aveva fissato il termine per effettuare l'accesso in soli 10 giorni (decorrenti dalla comunicazione che doveva indicarne il luogo e gli orari), tale incremento -concedibile peraltro solo nel caso in cui il profilo di illegittimità lamentato non sia desumibile dal tenore della comunicazione di cui al medesimo art. 79 e dagli atti con la stessa trasmessi (o resi accessibili) e riducibile se l'accesso fosse stato effettuato prima dei 10 giorni- non alterava in modo sostanziale le tempistiche del rito speciale. Restando fermo, evidentemente, che se la S.A. rifiutava illegittimamente di consentire l'accesso, il termine non iniziava a decorrere, gli atti non visionabili non si consolidavano e il potere di impugnare dell'interessato pregiudicato da tale condotta amministrativa non si consumava¹². E che, se la documentazione di gara era stata (in tutto o in parte) posta a disposizione della parte in data successiva alla comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione della gara, la parte interessata poteva proporre impugnazione anche dopo il decorso del termine di 30 giorni dalla sua ricezione soltanto per i vizi emergenti dagli atti successivamente conosciuti¹³.

In tal modo, almeno nei giudizi ‘concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture’, si legava la decorrenza del termine di impugnazione a precisi adempimenti della p.A. e si superava il problema della necessità di proporre ricorsi ‘al buio’ (con salvezza di motivi aggiunti che magari non sarebbero stati mai proposti).

Significativamente, del resto, a tal fine, per la determinazione della ‘data oggettivamente riscontrabile’ quale *dies a quo*, l'art. 120, co 5, c.p.a., ha fissato, come visto, anche una clausola di chiusura.

Vale ribadire che esso ha stabilito tre regole:

a) per la impugnazione degli atti “*concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture*”, incluse le aggiudicazioni, ha richiamato la data di ricezione della comunicazione di cui al citato art. 79 del d.lgs. n. 163 del 2006 (recante il titolo ‘informazioni circa i mancati inviti, le esclusioni e le aggiudicazioni;

¹² C. Stato, Sez. III, 21 marzo 2016 n. 1143.

¹³ Ancora sent. 4432, § 12.4.

b) per l'impugnazione dei bandi e degli avvisi *“con cui si indice una gara, autonomamente lesivi”*, ha richiamato la data di pubblicazione di cui all'art. 66, co 8 del medesimo d.lgs.;

c) e *“in ogni altro caso”*, ha valorizzato la *“conoscenza dell'atto”*.

È indubbio quindi che, per le ipotesi di cui alle lett. a) e b), il Legislatore processuale ha attribuito rilievo decisivo rispetto degli obblighi di *“informazione”* e *“pubblicazione”* gravanti sugli enti aggiudicatori ai sensi delle suddette disposizioni del codice contrattuale. Ma, alla lett. c) ha comunque mantenuto, come norma di chiusura conforme ai principi generali, la regola secondo cui, per le ipotesi non riconducibili a tali specifici contesti, il termine di impugnazione decorre dalla *“conoscenza dell'atto”*. Previsione, a ben vedere, perfettamente idonea, di per sé, a dare copertura normativa anche alla riferita costruzione della dilazione temporale del termine per i vizi conoscibili solo attraverso l'accesso agli atti del procedimento ai sensi del richiamato co. 5-*quater* dell'art. 79 d. lgs. n. 163/2006 e all'intero quadro definito dalla giurisprudenza in base al *“primo”* codice.

Come ricordato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella nota sentenza n. 12 del 2020, dovendo coordinare l'art. 120, co. 5, c.p.a. con il citato art. 79 (ivi espressamente richiamato), la giurisprudenza aveva attribuito un rilievo centrale al co. 5-*quater* del suddetto articolo, che testualmente stabiliva che *“Fermi i divieti e differimenti dell'accesso previsti dall'articolo 13, l'accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione ai sensi del presente articolo è consentito entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia. Non occorre istanza scritta di accesso e provvedimento di ammissione, salvi i provvedimenti di esclusione o differimento dell'accesso adottati ai sensi dell'articolo 13”*.

Da tale specifica disposizione aveva dedotto che il termine di 30 giorni per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione si doveva incrementare di un numero di giorni (al massimo 10) pari a quello che, in virtù della stessa, era necessario per avere piena conoscenza dell'atto e dei suoi eventuali profili di illegittimità, nel caso in cui 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), precisando che qualora l'Amministrazione aggiudicatrice avesse però rifiutato illegittimamente l'accesso o avesse tenuto *‘comportamenti dilatori’*, il termine per l'impugnazione cominciava a decorrere dalla data in cui l'accesso era stato 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).

4. I problemi sollevati dall'abrogazione dell'art. 79 per effetto del d.lgs. n. 50 del 2016

Lo sforzo ermeneutico compiuto dai giudici amministrativi per individuare un quadro certo dei termini impugnatori si è però scontrato con l'approvazione, con il d.lgs. n. 50 del 2016, del "secondo" codice dei contratti pubblici, che, tra le altre modifiche al "primo" codice, ha dato una impostazione radicalmente diversa al sistema delle "Informazioni ai candidati e agli offerenti", operando un significativo "alleggerimento" degli obblighi di comunicazione del committente e, soprattutto, eliminando ogni riferimento a specifiche modalità di accesso, corrispondenti a quelle previste dal "centrale" co. 5-*quater* del vecchio art. 79.

A fronte della puntuale disciplina dettata da quest'ultimo articolo, esplicitamente inserito dall'art. 217 del d.lgs. n. 50/2016 tra quelli oggetto di abrogazione, il "nuovo" codice prevede invero, semplicemente, all'art. 29, che tutti gli atti del procedimento *"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 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"*; e, all'art. 76, che:

"1. 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 ad 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.

2. 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 escluso, 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.

2-bis. Nei termini stabiliti al comma 5 è dato avviso ai candidati e ai concorrenti, con le modalità di cui all'articolo 5-bis del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, o strumento analogo negli altri Stati membri, del provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza

dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti. [comma introdotto dall'art. 1, comma 20, lett. n), della legge n. 55 del 2019].
3.[comma abrogato dal d.lgs. n. 56 del 2017]¹⁴

4. Le amministrazioni aggiudicatrici non divulgano le informazioni relative all'aggiudicazione degli appalti, alla conclusione di accordi quadro o all'ammissione ad un sistema dinamico di acquisizione, di cui ai commi 1 e 2, se la loro diffusione ostacola l'applicazione della legge o è contraria all'interesse pubblico, o pregiudica i legittimi interessi commerciali di operatori economici pubblici o privati o dell'operatore economico selezionato, oppure possa recare pregiudizio alla leale concorrenza tra questi.

5. 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 [rectius: a tutti gli offerenti] che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o 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 di 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 avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario, ai soggetti di cui alla lettera a) del presente comma.

6. Le comunicazioni di cui al comma 5 sono fatte mediante posta elettronica certificata o strumento analogo negli altri Stati membri. Le comunicazioni di cui al comma 5, lettere a) e b), indicano la data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto”.

Il sistema si completa con l'art. 53, che, per l'accesso agli atti del procedimento, rinvia alla disciplina generale di cui agli artt. 22 ss. della l. n. 241 del 1990, prevedendone peraltro in molti casi il differimento a tutela della riservatezza dei concorrenti.

La differenza tra le due impostazioni è evidente.

Non soltanto scompare totalmente l'obbligo del committente di inserire nella comunicazione, indipendentemente da ogni previa richiesta in tal senso, del luogo e degli orari dell'accesso agli atti del procedimento non immediatamente trasmessi o resi altrimenti conoscibili e di lasciarli a disposizione degli interessati per dieci giorni, ma lo stesso obbligo di comunicazione della decisione si esaurisce in

¹⁴ Il comma, legato al c.d. “mini-rito” per l'impugnazione anticipata delle altre ammissioni, prevedeva l'obbligo delle stazioni aggiudicatrici di “dare avviso ai concorrenti mediante pec, o strumento analogo negli altri Stati membri 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-finanziari indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti”. Ciò che conferma che, quando ha voluto, il legislatore ha saputo intervenire in modo garantista ad “aggiornare” il regime dei termini di impugnazione.

quella del suo dispositivo, mentre quella del suo contenuto motivazionale e addirittura quella del nome dell'aggiudicatario è subordinata a una previa richiesta dell'interessato (non soggetta ad alcun termine), che il committente dovrà evadere in un arco temporale di 15 giorni (co. 2).

Il riferimento alla comunicazione di cui all'art. 79 del d.lgs. n. 163 del 2006 non poteva quindi essere automaticamente sostituito da quelli di cui all'art. 76, co. 2 e 5, del codice del 2016.

Se è indubbiamente vero che, in base ai principi generali, correttamente tradotti nell'art. 43 c.p.a. e ribaditi anche in materia di contratti pubblici dalla CGUE, il termine per la proposizione dei motivi aggiunti non può essere inferiore a quello stabilito per la proposizione del ricorso introduttivo e non può che decorrere dalla piena conoscibilità dei vizi censurati, e se è altresì vero che, come sopra ricordato, l'art. 3 della l. n. 241 del 1990 impone di rendere conoscibili i presupposti di ogni provvedimento, è infatti evidente che l'eliminazione di ogni specifica disposizione sull'accesso agli atti del procedimento e, addirittura, la subordinazione a un'apposita richiesta degli interessati della comunicazione dei motivi delle decisioni ad essi pregiudizievoli e il riconoscimento all'ente aggiudicatario di un congruo lasso di tempo (racchiuso nell'ambigua formula *“immediatamente e comunque entro quindici giorni dalla ricezione”*) per esaudirla rendono sicuramente ben difficile la mera *“sostituzione”* del riferimento all'art. 79 del codice contrattuale del 2006 con quello al -ben meno garantistico- art. 76 del d.lgs. 50 del 2016. Manca infatti, soprattutto con riferimento all'accesso agli atti del procedimento, ma a ben vedere anche ai contenuti della decisione (dal momento che i 15 giorni partono dalla richiesta dell'interessato, per la quale, come evidenziato, la legge non fissa limiti temporali), un momento *“oggettivamente certo”* al quale legare la decorrenza dei termini di impugnazione, in modo da dare ai concorrenti una regola meno *“aleatoria”* di quella, generale, della *“conoscenza”* dell'atto e del vizio e di *“rassicurare”* l'interessato in ordine alla effettiva possibilità di attendere l'evasione delle sue richieste di accesso al contenuto del provvedimento e agli atti del procedimento per *“valutare”* se impugnare l'aggiudicazione nella pienezza dei 30 giorni di legge.

Al di là del riferimento letterale a un articolo espressamente abrogato (comunque incompatibile con l'esigenza di massima certezza circa la decorrenza dei termini di impugnazione), era invero evidentemente irragionevole lasciare all'attivazione dell'interessato che ne facesse richiesta il timone dell'avvio dei termini di decadenza, né vi era idonea base normativa per attribuire al termine di 15 giorni previsto dal nuovo art. 76 soltanto per l'ostensione al richiedente dei motivi della decisione e del nome dell'aggiudicatario (mentre l'accesso agli atti restava regolato dagli artt. 22 ss. della l. n. 241 del 1990, che, come noto, attribuiscono all'inerzia valore tipico di rigetto dell'istanza) valore analogo a quello dei 10 giorni di cui all'abrogato art. 79 del d.lgs. 163/2006.

Qualunque soluzione fosse stata indicata dalla giurisprudenza per *“salvare”* l'obiettivo di dare al *dies a quo* per la decorrenza dell'impugnazione degli atti soggetti alla comunicazione di cui all'art. 76, co. 2, del d.lgs.

50/2016 un grado di certezza diverso e maggiore di quello genericamente legato alla “piena conoscenza” dei contenuti e dei presupposti dell’atto, finalizzato a evitare, almeno per questi atti, l’onere di proporre ricorsi al buio, salvo integrarli con motivi aggiunti, sarebbe stata purtroppo effetto di una interpretazione “creativa” e come inidonea a dare un adeguato livello di tranquillità sulla sua stabilità.

Nondimeno, nonostante le svariate occasioni in cui, dal 2016 a oggi, è intervenuto sulle norme sostanziali e processuali in materia di affidamento delle commesse pubbliche (da ultimo, con il d.l. “semplificazioni-*bis*” o “governance” n. 77 del 2021, convertito, con modificazioni, nella l. n. 108 del 29 luglio scorso) e nonostante le reiterate sollecitazioni della dottrina¹⁵ e della giurisprudenza (da ultima, la stessa Adunanza Plenaria n. 12 del 2020 richiamata dalla Corte costituzionale a sostegno della propria pronuncia di infondatezza), il Legislatore non si è sorprendentemente mai curato di “aggiornare” le riferite disposizioni, per raccordarle con il nuovo codice dei contratti pubblici, approvato con il d.lgs. n. 50 del 2016 (e dunque da ormai oltre 5 anni)¹⁶.

Con l’effetto che -contro i più elementari principi di sicurezza giuridica, particolarmente rilevanti quando si intrecciano con la tutela di diritti fondamentali com’è quello alla difesa giurisdizionale delle proprie posizioni soggettive- i richiamati termini di impugnazione sono rimasti legati ad atti e/o fatti riferiti a disposizioni e a contesti normativi non più esistenti.

Il che ha creato una situazione di incertezza evidentemente inaccettabile per un diritto primario come è quello di difesa.

Senza entrare qui nel dettaglio delle diverse soluzioni proposte dalla giurisprudenza, è sufficiente ai nostri fini ricordare che, nella pendenza del giudizio di legittimità costituzionale definito dalla sentenza 204, la V Sezione del Consiglio, ha a sua volta riscontrato una seria incertezza sul tema e, non dando conto della rimessione alla Consulta, ne ha investito l’Adunanza plenaria e, soprattutto, che quest’ultima (che parimenti non richiama l’ordinanza leccese), pur cercando a sua volta di offrire una soluzione idonea a garantire la migliore effettività del diritto di difesa nel quadro normativo a disposizione, in linea con l’obiettivo di dare rilievo a una ‘data oggettivamente riscontrabile’, da individuare in considerazione degli incumbenti formali cui è tenuta *ex lege* l’Amministrazione aggiudicatrice e del rispetto della regola della diligenza cui è tenuta l’impresa interessata, ne ha essa stessa di fatto sostanzialmente riconosciuto l’“incertezza”, laddove, nel dare atto della “*diversità di disciplina in materia di accesso, informazioni e pubblicità degli*

¹⁵ M. A. SANDULLI, *Il rito speciale sui contratti pubblici nel primo decennio del c.p.a.: tra progresso e involuzione*, in *Dir. proc. amm.* 2021.

¹⁶ Il problema si pone per vero anche per il secondo comma dell’articolo, che tutt’ora dispone che al secondo comma che “*nel caso in cui sia mancata la pubblicità del bando, il ricorso non può comunque essere più proposto decorsi trenta giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell’avviso di aggiudicazione definitiva di cui all’articolo 65 e all’articolo 225 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, a condizione che tale avviso contenga la motivazione dell’atto con cui la stazione appaltante ha deciso di affidare il contratto senza previa pubblicazione del bando*”.

atti, contenuta nei due codici dei contratti pubblici susseguiti nel tempo” e del “mancato coordinamento tra le modifiche introdotte con il ‘secondo codice’ dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 e le preesistenti disposizioni del c.p.a.”, ha esplicitamente e correttamente ritenuto “di dover trasmettere copia della [presente] sentenza alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, per la doverosa segnalazione di tale mancato coordinamento, affinché sia disposta una modifica legislativa ispirata alla necessità che vi sia un ‘sistema di termini di decadenza sufficientemente preciso, chiaro e prevedibile’, disciplinato dalla legge con disposizioni di immediata lettura da parte degli operatori cui si rivolgono le direttive dell’Unione Europea” (§ 21).

Quanto sopra chiarito, l’Adunanza plenaria è poi passata alla ricerca della possibile migliore soluzione del problema nelle more del richiesto intervento di coordinamento legislativo, riconosciuto evidentemente necessario a garantire certezza e stabilità (e auspicabilmente, chiarezza).

A tal fine ha preliminarmente rimarcato che “l’art. 76 del ‘secondo codice’ non contiene specifiche regole sull’accesso informale, in precedenza consentito per le procedure di gara dall’art. 79, comma 5 quater, del ‘primo codice’ (che contribuiva a dare un compiuto e prevedibile significato all’art. 120, comma 5, del c.p.a.)” e ha conseguentemente osservato che a seguito dell’abrogazione delle suddette regole speciali, anche agli atti delle procedure di gara in questione trovano applicazione le regole generali sull’accesso informale previste dall’art. 5 del d.P.R. n. 184 del 2006 (che però si riferisce testualmente ai casi in cui “in base alla natura del documento richiesto non risulti l’esistenza di controinteressati”, tanto che l’ultimo comma prevede che, qualora riscontri l’esistenza di controinteressati -come ad esempio avviene per l’accesso alle offerte dei concorrenti- l’Amministrazione invita l’interessato a presentare una richiesta formale).

Si sottolinea quindi che l’Amministrazione aggiudicatrice deve consentire all’impresa interessata di accedere agli atti, sicché, come ritenuto dall’orientamento giurisprudenziale più garantista, qualora rifiuti l’accesso o impedisca con comportamenti dilatori l’immediata conoscenza degli atti di gara (e dei relativi allegati), il termine per l’impugnazione comincia a decorrere solo da quando l’interessato li abbia conosciuti.

La regola, in forza dell’art. 3 l. n. 241/1990 e dei principi di garanzia dell’effettività della tutela, dovrebbe peraltro valere in via generale per l’impugnazione di ogni tipo di atto amministrativo, alla stregua del principio “*principio della piena conoscenza o conoscibilità*”.

Opportunamente -e correttamente- l’Adunanza plenaria precisa che tale principio si applica “*anche quando l’esigenza di proporre il ricorso emerge dopo aver conosciuto i contenuti dell’offerta dell’aggiudicatario o le sue giustificazioni rese in sede di verifica dell’anomalia dell’offerta*”, rilevando il tempo necessario per accedere alla documentazione presentata dall’aggiudicatario, ai sensi dell’art. 76, comma 2, del ‘secondo codice’ (come meglio sopra rilevato ai punti 19 e 27 della sentenza), in quanto “*poiché il termine di impugnazione comincia a decorrere dalla conoscenza del contenuto degli atti, anche in tal caso non è necessaria la previa proposizione di un ricorso ‘al buio’ [in*

abstracto, nella terminologia della Corte di Giustizia, e di per sé destinato ad essere dichiarato inammissibile, per violazione della regola sulla specificazione dei motivi di ricorso, contenuta nell'art. 40, comma 1, lettera d), del c.p.a.], cui dovrebbe seguire la proposizione di motivi aggiunti". Nella stessa linea di ricostruzione del sistema, la sentenza osserva poi che, per la individuazione della decorrenza del termine per l'impugnazione, rileva anche il riferito art. 29, co. 1, ultima parte, del d.lgs. 50/2016, per il quale "i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente"; dal che deriva la "conoscenza legale degli atti dalla data nella quale ha luogo la loro pubblicazione con i relativi allegati (data che deve costantemente risultare dal sito)".

Dal combinato disposto delle richiamate disposizioni (l'immutato testo dell'art. 120, co. 5, c.p.a., gli artt. 29, co. 1 e 76 del "secondo" codice contrattuale e l'art. 5 del d.P.R. n. 184 del 2006), l'Adunanza plenaria ha tratto peraltro l'affermazione della "perdurante rilevanza della 'data oggettivamente riscontrabile', cui ancora si riferisce il citato comma 5" del c.p.a., assumendo che tale "data" continuerebbe a essere "individuabile dal rispetto delle disposizioni sulle formalità inerenti alla 'informazione' e alla 'pubblicazione' degli atti, nonché dalle iniziative dell'impresa che effettui l'accesso informale con una 'richiesta scritta', per la quale sussiste il termine di quindici giorni previsto dall'art. 76, comma 2, del 'secondo codice', applicabile per identità di ratio anche all'accesso informale".

Il piano confronto con il testo dell'articolo dimostra però che quest'ultimo passaggio è frutto di un'evidente "creazione" giurisprudenziale, in forza della quale, con un intervento di supplenza che non ha alcun aggancio nel dato normativo, il termine massimo dato all'Amministrazione per rispondere alla richiesta di conoscere il contenuto motivazionale dell'aggiudicazione e il nome dell'aggiudicatario (che, come detto, è cosa evidentemente diversa dall'accesso agli atti del procedimento), diventa, per magia, il termine entro il quale l'interessato dovrebbe effettuare la richiesta di accesso, e dal quale per ciò solo partirebbe il termine di decadenza (!).

Significativamente, il riferimento ai 15 giorni non è ripreso negli utilissimi "principi di diritto" enunciati in chiusura della pronuncia, testualmente formulati nei termini di seguito riportati:

"a) il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre 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) 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 proposizione non solo dei motivi aggiunti, ma anche di un ricorso principale;

c) la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta;

d) la pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, ex art. 29 del decreto legislativo n. 50 del 2016, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione;

e) sono idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati¹⁷.

5. La sentenza Corte costituzionale n. 204 del 2021

In questo quadro si inserisce l'ultima sentenza n. 204 della Corte costituzionale, cui, come ricordato, il TAR Lecce, rappresentando l'oggettiva incertezza del quadro normativo risultante dall'abrogazione del più volte richiamato art. 79, co. 5-*quater* in ordine alla decorrenza del termine di impugnazione dei provvedimenti di aggiudicazione nel caso in cui gli interessati avessero avuto conoscenza dei vizi soltanto attraverso un apposito accesso, aveva sollevato d'ufficio la questione di legittimità costituzionale dell'art. 120, comma 5, c.p.a., *“nella parte in cui fa decorrere il termine di trenta giorni per la proposizione dei motivi aggiunti dalla ricezione della comunicazione dell'aggiudicazione di cui all'art. 79 del D. Lgs. n. 163/2006, per contrasto con il diritto di difesa e il principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 della Costituzione (...), in quanto, equiparando il termine per la proposizione dei motivi aggiunti a quello per la proposizione del ricorso, impedisce di fatto la tutela giurisdizionale della parte ricorrente avverso i vizi di legittimità del provvedimento di aggiudicazione rivelati dagli atti e dai documenti successivamente conosciuti?”*.

In particolare, l'ordinanza, dopo aver messo in luce le diverse posizioni assunte dalla giurisprudenza (ivi comprese quelle meno garantiste), rilevava l'inadeguatezza della costruzione giurisprudenziale (sostenuta, in particolare, all'epoca, da Cons. Stato, 28 ottobre 2019, n. 7387) che, riprendendo la costruzione coniata sul “primo” codice, procrastinava il predetto termine di ulteriori 15 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, a garantire l'ammissibilità dei motivi aggiunti proposti nei 30 giorni dall'effettivo accesso.

Respinte in via preliminare le eccezioni proposte dall'Avvocatura, ivi compresa quella sull'omessa adeguata verifica della possibilità di risolvere le questioni prospettate attraverso una interpretazione costituzionalmente orientata, la Corte -facendo leva sulla riferita pronuncia dell'Adunanza plenaria, ma trascurando che lo stesso organo di nomofilachia aveva rilevato la perdurante necessità di un intervento di coordinamento del Legislatore, espressamente sollecitandolo ai sensi dell'art. 58 del RD n. 444 del 1942¹⁷- le ha ritenute infondate nel merito sulla base di presupposti che sono a ben vedere smentiti dalla ricostruzione svolta nei precedenti paragrafi.

Il primo.

¹⁷ Sulle possibili soluzioni legislative, cfr. M. LIPARI, *La decorrenza*, cit, p. 58 ss.

Si legge al § 4.1 della sentenza che *“non sussiste alcuno degli ostacoli ravvisati dal giudice a quo, quanto alla praticabilità della interpretazione adeguatrice da ultimo sposata dalla menzionata Adunanza plenaria del Consiglio di Stato”* in quanto *“il rimettente non considera che entrambe le disposizioni appena ricordate disciplinano non solo l’informazione attinente alla aggiudicazione, ma anche quelle successive che l’amministrazione è tenuta a rendere disponibili, ovvero a comunicare, a seguito di richiesta di accesso agli atti (art. 79, comma 5-quater, del “primo” cod. contratti pubblici; art. 76, comma 2, del “secondo” cod. contratti pubblici)”*. Sicché (...) sarebbe *“proprio il rinvio al testo integrale (e dunque comprensivo dell’attività conseguente alla richiesta di accesso) dell’art. 79 del “primo” cod. contratti pubblici (ed ora a quello del sopravvenuto art. 76 del “secondo” cod. contratti pubblici) a ricondurre nel cerchio delle interpretazioni compatibili con la lettera della legge, secondo il contesto logico-giuridico al quale pertiene la norma, la lettura che impone una dilazione temporale, correlata all’esercizio dell’accesso nei quindici giorni previsti attualmente dall’art. 76 del vigente “secondo” cod. dei contratti pubblici (e, in precedenza, ai dieci giorni indicati invece dall’art. 79 del “primo” cod. contratti pubblici)”*.

Quanto sopra sottolineato -ed espressamente rilevato anche dall’Adunanza plenaria- sull’assenza nell’art. 76 del “secondo” codice contrattuale di ogni riferimento all’accesso agli atti dimostra come il dato testuale non è quello su cui la Corte ha fondato il suo ragionamento.

Il secondo.

Al § 4.2 la sentenza afferma che *“la lettera della legge, per la parte in cui dispone un rinvio ad una disposizione successivamente abrogata, non è un ostacolo, ma al contrario il punto di partenza che onera l’interprete del compito di assegnare alla norma il significato che essa acquisisce, a seguito dell’abrogazione della disposizione oggetto di rinvio”*.

L’assunto lascia francamente perplessi se si considera che la Corte dovrebbe svolgere (anche) un ruolo di garante dei confini tracciati dalla Costituzione tra i diversi poteri, e, per l’effetto, tutelare il rispetto delle prerogative e dei doveri del potere legislativo, frenando la deriva verso un sempre più diffuso impegno della giurisprudenza a colmare i vuoti lasciati dalla politica. Mal si comprende pertanto perché, a fronte di una opportuna e corretta esplicita affermazione del massimo organo della giustizia amministrativa che i problemi derivanti dal mancato coordinamento tra l’art. 120, co. 5, c.p.a. e il “secondo” codice contrattuale non possono essere rimessi all’interprete, ma devono essere risolti in modo chiaro e certo dal Legislatore, il Giudice delle leggi lo esonera dal doveroso espletamento di tale funzione, così in sostanza legittimando altre abdicazioni del potere normativo agli organi giurisdizionali, come è accaduto per la proroga delle concessioni demaniali.

Terzo.

Al punto 4.3 la Corte dà infine il proprio *imprimatur* alla lettura proposta dall’Adunanza plenaria, ma, a causa della confusione in cui l’una e l’altra (ma soprattutto la prima) cadono sull’esatta portata del riferimento ai 15 giorni contenuto nel secondo comma dell’art. 76 d.lgs. 50/2016, alimenta l’incertezza.

Se è vero, come è vero, che nessuna disposizione di legge prevede che l'impresa interessata debba chiedere l'accesso agli atti/documenti entro 15 giorni, è infatti assai difficile sostenere che il diritto di impugnazione, che è legato alla piena conoscenza o conoscibilità dei vizi dell'atto impugnando, decade se l'interessato non si è adoperato nei 15 giorni dalla sua comunicazione per conoscerne i contenuti e i presupposti.

Con specifico riferimento al termine di proposizione dei motivi aggiunti, la stessa sentenza 204, del resto, al § 5, ha ribadito che prevedere che esso maturi, nonostante il vizio non fosse conoscibile mediante l'impiego della ordinaria diligenza, comporterebbe una arbitraria e irragionevole compressione del diritto di agire (*ex plurimis*, sentenze n. 271 del 2019 e n. 94 del 2017), sottolineando che, *“oltretutto, nella materia degli affidamenti pubblici di lavori, servizi o forniture soggetti al diritto dell'Unione europea, una tale previsione sarebbe anche in contrasto con quest'ultimo, che invece esige che il termine per proporre ricorso decorra dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della illegittimità che intende denunciare (Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 28 gennaio 2010, in causa C-406/08, Uniplex, UK, Ltd, e ordinanza 14 febbraio 2019, in causa C-54/18, Cooperativa Animazione Valdocco S.C.S. Impresa sociale Onlus), formulando così una regola che, in tale settore, concerne sia il ricorso principale, sia la proposizione di motivi aggiunti”*.

In questo quadro, invece di rigettare *sic et simpliciter* l'eccezione perché la strada creativa trovata dal Giudice amministrativo attraverso la dilazione temporale del termine legata a un onere di attivazione dell'impresa entro un termine assolutamente eccentrico (in quanto riferito a tutt'altro) è ritenuta, in linea astratta, costituzionalmente conforme, la Corte avrebbe dovuto forse farsi carico di verificare se tale strada era (anche) consentita dalla legge, perché, in caso contrario, nessuna “proposta interpretativa” è davvero tale e può quindi dirsi “costituzionalmente conforme” e, nel caso in cui si riferisce alle regole processuali, lede anche il diritto di difesa garantito dall'art. 24 Cost.

6. Brevi cenni alle sentenze nn. 17 e 18 sulle concessioni “balneari”

Il problema dei confini tra interpretazione e creazione, più volte affrontato da chi scrive, anche su questa Rivista, emerge, con massima evidenza, in riferimento alle ricordate, recentissime sentenze gemelle (nn. 17 e 18) con le quali l'Adunanza plenaria ha affrontato il tema delle proroghe delle concessioni balneari. Le sentenze toccano numerosi importanti questioni giuridiche, di carattere sostanziale e processuale¹⁸, interno ed eurounitario, investendo, *inter alia*, la *vexata quaestio* delle cd direttive *self executing*, i rapporti tra

¹⁸ Tra queste, in particolare, la conciliabilità di una sentenza che - negando la riconducibilità delle proroghe *ex lege* a un potere amministrativo e, conseguentemente, sottraendole alle garanzie di speciale “stabilità” dei provvedimenti “ampliativi” previste dall'art. 21-*nonies* l. 241/90 - dichiara la radicale inefficacia di tutte le proroghe *ex lege* delle concessioni balneari (persino se coperte da giudicato) per effetto della ritenuta necessità di disapplicare la “legge-provvedimento” con cui il legislatore ha voluto “blindarle”, con il diniego di intervenire in giudizio alle parti degli altri

giudicato amministrativo e giudice penale, la natura delle proroghe disposte *ope legis*, che non è evidentemente questa la sede per affrontare e che meritano specifico e attento approfondimento.

Nella limitata ottica di questo lavoro non si può però mancare di segnalare l'oggettiva difficoltà di ricondurre al potere giurisdizionale la “decisione” di procrastinare al 31 dicembre 2023 – termine privo di qualsiasi aggancio normativo e individuato soltanto attraverso una valutazione di “congruità” che è prerogativa del decisore politico – l'effetto della dichiarata inefficacia delle proroghe delle concessioni balneari disposte in applicazione di leggi ritenute incompatibili con il diritto dell'Unione (art. 49 TFUE e art. 12 Direttiva 2006/123/CE sulla liberalizzazione dei servizi di interesse economico), l'affermazione “ora pro futuro” dell'inefficacia di eventuali future proroghe e/o leggi di proroga delle concessioni balneari rilasciate senza gara (tipica decisione su poteri non ancora esercitati), e ancora la diretta individuazione delle modalità con cui dovrà essere espletata la suddetta gara e dovrà eventualmente essere tutelato l'affidamento degli attuali concessionari.

Anche a una mera primissima lettura non sembra invero che questo tipo di decisioni possa essere ricondotto al potere di nomofilachia, né trovare fondamento giuridico nei, pur imperdonabili, ritardi imputabili a un Legislatore ripetutamente sollecitato dalle Istituzioni europee.

Pur apprezzando l'impegno dei nostri Giudici a coprire i vuoti lasciati dalla politica, non si può ritenere “giusto” ciò che non sembra trovare legittimazione costituzionale.

processi in corso e alle Associazioni di categoria; e la possibilità di rinviare gli effetti del giudicato di “inefficacia” in base a un contemperamento dei diversi interessi, posticipandoli peraltro a un momento individuato dal Giudice in totale autonomia e senza alcuna base normativa (tema, quest'ultimo, da porre a confronto con quello dell'annullamento giurisdizionale “a geometria variabile” inaugurato dalla nota sentenza Cons. Stato, n. 2775 del 2011, su cui, da ultimo, CGARS 10 novembre 2021 n. 994).