**La decorrenza del termine di ricorso nel rito superspeciale di cui all’art. 120, co. 2-bis e 6-bis, del CPA: pubblicazione e comunicazione formale del provvedimento motivato, disponibilità effettiva degli atti di gara, irrilevanza della “piena conoscenza”; l’ammissione conseguente alla verifica dei requisiti** **(\*).**

(\*) Testo, integrato e aggiornato, della relazione “*La fase di verifica dei requisiti, la problematica trasparenza degli atti di gara e la decorrenza del termine di impugnazione: un ricorso al buio?*” svolta a Venezia l’8 novembre 2018 nell’ambito del Convegno “*L’art. 120, comma 2-bis, c.p.a.: luci ed ombre, verso una possibile riforma*”, organizzato dall’Associazione Veneta degli Avvocati Amministrativisti e dal TAR per il Veneto.

**Sommario**. 1. La decorrenza del termine del ricorso, fra certezza dei rapporti giuridici, accelerazione delle procedure ed effettività del diritto di difesa degli operatori economici. L’esigenza di controllo della *legalità*, la tutela della concorrenza e l’interesse pubblico alla sollecita esecuzione del contratto. Il problema della legittimità costituzionale ed eurounitaria della disciplina legislativa. - 2. Le ordinanze di rinvio alla CGUE e alla Corte costituzionale: la contestazione radicale del rito *superspeciale* e i riferimenti specifici al tema della idoneità delle norme in materia di *decorrenza* del termine di impugnazione. Lo spunto riferito alla *inadeguatezza* delle regole sull’*accesso* agli atti di gara - 3. La questione generalissima della decorrenza del termine di impugnazione: l’equilibrio tra sicurezza dei rapporti giuridici e tutela del cittadino. L’evoluzione della giurisprudenza e l’assetto del Codice del processo amministrativo. Esistono principi più specifici per le controversie in materia di affidamento dei contratti pubblici? Gli interessi sensibili contrapposti nei riti accelerati e super accelerati. - 4. La decorrenza del termine e la disciplina nazionale ed eurounitaria sulla trasparenza amministrativa e sull’accesso ai documenti di gara: verso un ampliamento del diritto di difesa? - 5. Il problema specifico della decorrenza dei termini di impugnazione nei riti speciali e accelerati. Gli interessi rilevanti e l’eterogeneità delle regole di diritto positivo. La necessità di conciliare l’esigenza della rapida inoppugnabilità del provvedimento con la pienezza del diritto di difesa. - 6. L’evoluzione della disciplina riguardante il rito appalti di cui all’art. 120 e il processo superspeciale di cui al comma 2-bis. L’attuazione della direttiva n. 66/2007 2007 e l’effettività del diritto di difesa. Il codice dei contratti pubblici del 2006. - 7. La disciplina di dettaglio dell’art. 120, comma 5: la decorrenza del termine legata necessariamente alla comunicazione formale e la residualità della “*piena conoscenza*”. - 8. L’accesso immediato informale secondo il codice n. 163/2006: il principio di conoscenza piena (o di conoscibilità effettiva) degli atti e della documentazione del procedimento. La regola pretoria del termine “prolungato” a quaranta giorni. La soppressione dell’accesso informale nel codice n. 50/2016 e le sue conseguenze pratiche. - 9. La *superspecialità* delle particolari regole riguardanti la decorrenza del termine di ricorso nel rito di cui al comma 2-*bis*. La loro finalità di certezza e di garanzia del diritto di difesa. La logica della “*salvezza*” prevista al comma 5 e lo spazio applicativo delle regole generalissime di cui all’art. 41 e del “*rito appalti*”. - 10. Il contenuto della regola prevista dal comma 2-*bis*, isolatamente considerata. La decorrenza è correlata alla mera *pubblicazione* del provvedimento integrale? È necessaria anche la comunicazione individuale al concorrente? Occorre la *motivazione* dell’atto? La piena conoscenza ottenuta *aliunde* può essere equiparata alla pubblicazione? - 11. La disciplina contenuta nell’art. 29 del codice dei contratti pubblici, prima dell’intervento del correttivo del 2017: il coordinamento imperfetto con lo sviluppo del procedimento di gara. La comunicazione del provvedimento, la motivazione, la disponibilità degli atti del procedimento costituiscono presupposti necessari per la decorrenza del termine e la stessa applicazione del rito? L’accentuazione del principio di trasparenza e la necessaria garanzia del diritto di difesa. - 12. La nuova formulazione dell’art. 29 dopo il correttivo e la chiara fissazione della decorrenza del termine di proposizione del ricorso. La necessaria *motivazione* del provvedimento e i suoi requisiti minimi. - 13. La “disponibilità” degli atti di gara. Il riferimento a tutta la documentazione acquisita nel procedimento. La disponibilità intesa come accessibilità dei documenti. - 14. La comunicazione delle “esclusioni” previste dall’art. 76 e il coordinamento con la previsione dell’art. 29. Le due norme riguardano differenti ambiti applicativi. - 15. La *fattispecie complessa* della decorrenza del termine di ricorso: certezza dei rapporti giuridici e di effettiva garanzia del diritto di difesa. La *piena conoscenza* acquisita in sede di gara o mediante notizia informale del provvedimento non costituisce surrogato della incompletezza degli inadempimenti legali. - 16. Il problema della *piena conoscenza* quale presupposto alternativo alla corretta pubblicazione del provvedimento, per la decorrenza del termine di impugnazione. L’evoluzione della giurisprudenza verso la massima garanzia del diritto di difesa. - 17. L’efficacia equivalente della piena conoscenza potrebbe essere riconosciuta nel solo caso in cui un operatore economico impugni la propria esclusione? L’eterogeneità delle determinazioni racchiuse nel provvedimento conclusivo della fase di valutazione dei requisiti morali, tecnici ed economici. - 18. La giurisprudenza successiva all’entrata in vigore del nuovo codice n. 50/2016. La decorrenza del termine nel *rito “generico” appalti* di cui all’art. 120. Il contenuto minimo della comunicazione. L’individuazione dell’atto conclusivo della procedura di affidamento. - 19. Il provvedimento definitivo di ammissione dell’aggiudicatario e degli altri concorrenti, adottato all’esito di un nuovo *subprocedimento di verifica e di comprova* dei requisiti dichiarati. La diversità strutturale e funzionale dal *provvedimento che determina le ammissioni e le esclusioni*. La decorrenza del termine di ricorso e l’inapplicabilità del *minirito* di cui al comma 2-*bis*. - 20. I diversi indirizzi giurisprudenziali riferiti alla decorrenza del termine nel rito *superspeciale*: la *pubblicazione* del provvedimento è condizione necessaria e sufficiente per la decorrenza del termine di impugnazione? Verso una lettura prevalentemente garantista della disciplina positiva. - 21. La piena conoscenza può derivare dalla presenza del rappresentante dell’impresa alla seduta di gara in cui si determinano le ammissioni e le esclusioni? - 22. Il valore equipollente della “piena conoscenza” nell’originario indirizzo del Consiglio di Stato. - 23. La “disponibilità in concreto degli atti” quale affermazione del principio di equipollenza della “piena conoscenza”: un fraintendimento della portata innovativa e interpretativa del decreto correttivo? - 24. L’indirizzo che nega valore equipollente alla “*piena conoscenza*” dell’atto. La decorrenza del termine va correlata esclusivamente ai presupposti indicati dall’art. 29. - 25. La necessaria conformità della pubblicazione alle prescrizioni dell’art. 29. - 26. La disponibilità effettiva della documentazione di gara quale presupposto *ulteriore* e insostituibile per la decorrenza del termine di impugnazione. - 27. L’indirizzo più recente della Quinta Sezione: l’esecuzione integrale degli adempimenti formali di pubblicazione e comunicazione individuale del provvedimento è presupposto necessario per la decorrenza del termine di proposizione del ricorso e, in radice, è condizione indispensabile per l’applicazione stessa del rito *superspeciale*. - 28. Conclusioni: la *ratio* e la lettera della norma inducono a interpretare la disciplina della decorrenza del termine di proposizione del ricorso in senso garantista, pena l’illegittimità costituzionale o comunitaria. La necessità di un ripensamento complessivo della disciplina sostanziale sui requisiti soggettivi di partecipazione. L’individuazione normativa degli *atti immediatamente lesivi* e l’inopportunità di riti speciali.

1. **La decorrenza del termine del ricorso, fra certezza dei rapporti giuridici, accelerazione delle procedure ed effettività del diritto di difesa degli operatori economici. L’esigenza di controllo della *legalità*, la tutela della concorrenza e l’interesse pubblico alla sollecita esecuzione del contratto. Il problema della legittimità costituzionale ed eurounitaria della disciplina legislativa.**

L’esatta individuazione della *decorrenza* del brevissimo termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso assume un ruolo centrale nel concreto funzionamento del rito *superspeciale* e accelerato di cui all’art. 120, commi 2-*bis* e 6-*bis*, del codice del processo amministrativo (CPA)[[1]](#footnote-1).

La questione presenta un’evidente rilevanza pratica e dogmatica, la cui complessità è testimoniata dalla significativa evoluzione della giurisprudenza, correlata anche ai sintomatici cambiamenti della disciplina positiva, portati dal decreto correttivo n. 56/2017[[2]](#footnote-2). Le lacune e i limiti della normativa hanno provocato esiti interpretativi oscillanti. Sono del resto numerosi gli ulteriori problemi operativi suscitati dal rito *superspeciale*[[3]](#footnote-3): si pensi all’ambito oggettivo di applicazione, al rapporto con l’impugnazione dell’aggiudicazione, allo spazio della tutela cautelare, al ricorso incidentale, alla definizione del contraddittorio processuale, alla misura del contributo unificato.

In tal modo, il rito di cui al comma 2-*bis* non ha affatto semplificato il contenzioso sulle gare di appalto, come auspicato dal legislatore, ma ha alimentato nuove incertezze e molteplici dubbi applicativi. Il processo *superaccelerato*, quindi, rischia non solo di comprimere la tutela giurisdizionale degli operatori economici, ma anche di incrementare quella “*insicurezza giuridica*”, sul significato delle regole processuali, assolutamente dannosa per la vita dell’ordinamento nel suo insieme.

La legittimità costituzionale ed eurounitaria del processo speciale si connette, necessariamente, alla previsione di una normativa la quale regoli proprio la *decorrenza* del termine in modo tale da non pregiudicare l’effettività del diritto di difesa.

Peraltro, finora la Corte costituzionale ha stigmatizzato solo raramente la legittimità di norme che, disciplinando la *decorrenza* del termine di esercizio dell’azione, potrebbero determinare una ingiustificata limitazione del diritto di difesa. Tra le poche pronunce in materia si può indicare la sentenza n. 364/1993, relativa al tema specifico delle *impugnazioni* della sentenza nel processo penale.

Con riguardo al giudizio amministrativo, la Corte costituzionale ha affermato la legittimità *di termini abbreviati* a soli trenta giorni (art. 19 del decreto legge n. 67/1997, convertito nella legge n. 135/1997, in materia di opere pubbliche), purché venga assicurato il rispetto di valori processuali fondamentali, quali, in primo luogo, l’integrità del contraddittorio, nonché la completezza e sufficienza del quadro probatorio (C. Cost., n. 427 del 1999; 26.6.2007, n. 237; 20 luglio 2016, n. 191). Dette pronunce, tuttavia, non si sono occupate, a fondo, del tema particolare della *decorrenza* del termine.

La Corte di Giustizia UE ha delineato un orientamento più articolato, destinato ad influenzare direttamente la questione del momento in cui inizia il computo del termine per il ricorso. Infatti, la CGUE ha espressamente affrontato, più volte, il problema della compatibilità col diritto dell'Unione delle disposizioni nazionali che prevedono termini di decadenza (anche molto ridotti) dell'impugnazione degli atti di gara (sentenze *Universale-Bau* 12 dicembre 20012, in C-470/99 e *Santex*, 27 febbraio 2003, in C-327/00), riconoscendone la possibile incidenza sul rispetto dei *principi eurounitari* sanciti dalle direttive ricorsi[[4]](#footnote-4).

La Corte, pur escludendo la sussistenza in linea assoluta di tale incompatibilità, ha affermato che la previsione di rapidi termini di decadenza non deve impedire al giudice nazionale di valutare se, *nelle singole fattispecie*, il comportamento delle stazioni appaltanti sia stato tale da precludere una tutela effettiva, imponendosi, in casi del genere, la disapplicazione del termine decadenziale. A tal fine, appare determinante il rilievo della concreta possibilità, per la parte interessata, di avere adeguata consapevolezza della lesione lamentata.

Si pongono in questo senso numerose sentenze. Per [Corte giust. UE, Sez. V, 8 maggio 2014, C-161/13](https://www.iusexplorer.it/document?id=4156439_0_1_SAU002D08M05Y2014N000000161S05&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwADcd6NWIqTvVxgK5CiEpJPiI_84l4FAA.*AAJTSQACMDMAAlNLABM3NDA2MjA3ODUwMDg2OTcwNTI1AAJTMQACMDI.*) e *Uniplex*, UK, Ltd, [Corte giust. UE, Sez. III, 28 gennaio 2010, C-406/08](https://www.iusexplorer.it/document?id=2085539_0_1_SAU002D28M01Y2010N000000406S03&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwADcd6NWIqTvVxgK5CiEpJPiI_84l4FAA.*AAJTSQACMDMAAlNLABM3NDA2MjA3ODUwMDg2OTcwNTI1AAJTMQACMDI.*) (*Foro amm*. CdS, 2010, 1, 22), «*ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione di appalti pubblici 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*»[[5]](#footnote-5).

Si noti, peraltro, che, in queste pronunce, la Corte prevede una piena equiparazione tra la *conoscenza effettiva* dell’atto lesivo e la sua mera *conoscibilità*, purché derivante da idonei meccanismi giuridici di pubblicità o di disponibilità pratica della documentazione di gara, compatibili con la diligenza normale delle imprese. Questa puntualizzazione non sminuisce affatto il rilievo dei canoni interpretativi fissati dalla CGUE, che restano saldamente ancorati alla garanzia dell’effettività del diritto di difesa, pure nella prospettiva di rafforzare il controllo diffuso sulla legalità delle procedure di gara.

Del resto, l’impostazione della Corte è perfettamente coerente con il consolidato principio di *proporzionalità*, rafforzato dalla necessaria autoresponsabilità dei concorrenti, chiamati ad un onere di informazione perfettamente sostenibile. In ogni caso, deve trattarsi di una *conoscibilità* sufficientemente agevole, tale da non costringere la parte a defatiganti indagini istruttorie.

Alla base di questo indirizzo si pone l’argomento secondo cui le direttive ricorsi hanno legato la conoscenza delle violazioni a quella dei *motivi* della decisione ritenuta lesiva dei diritti dell’operatore economico (*Considerando* 6 e 7 e [artt. 1, 2-*bis*](https://www.iusexplorer.it/document?id=195998_1088063_1_DIRCE___19891221000000000000665A0002S02&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwADcd6NWIqTvVxgK5CiEpJPiI_84l4FAA.*AAJTSQACMDMAAlNLABM3NDA2MjA3ODUwMDg2OTcwNTI1AAJTMQACMDI.*), [2-*quater*](https://www.iusexplorer.it/document?id=195998_1088065_1_DIRCE___19891221000000000000665A0002S04&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwADcd6NWIqTvVxgK5CiEpJPiI_84l4FAA.*AAJTSQACMDMAAlNLABM3NDA2MjA3ODUwMDg2OTcwNTI1AAJTMQACMDI.*) e [2-*septies* delle direttive 89/665/CEE](https://www.iusexplorer.it/document?id=195998_1088070_1_DIRCE___19891221000000000000665A0002S07&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwADcd6NWIqTvVxgK5CiEpJPiI_84l4FAA.*AAJTSQACMDMAAlNLABM3NDA2MjA3ODUwMDg2OTcwNTI1AAJTMQACMDI.*) e [1992/13/CEE](https://www.iusexplorer.it/document?id=196520_1091589_1_DIRCE___19920225000000000000013A0002S07&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwADcd6NWIqTvVxgK5CiEpJPiI_84l4FAA.*AAJTSQACMDMAAlNLABM3NDA2MjA3ODUwMDg2OTcwNTI1AAJTMQACMDI.*)).

Peraltro, come più volte evidenziato dalla stessa giurisprudenza della Corte UE, le direttive ricorsi non hanno formalmente individuato un *preciso momento* a partire dal quale gli ordinamenti nazionali devono garantire la possibilità di proporre un ricorso contro le decisioni adottate dalle stazioni appaltanti.

Secondo la Corte UE, pertanto, gli Stati membri possono liberamente stabilire le modalità processuali per la contestazione delle decisioni adottate durante la procedura di gara, anche mediante la fissazione di termini decadenziali molto brevi, fermo restando che dette regole non devono essere *meno favorevoli* di quelle che riguardano ricorsi analoghi previsti dall'ordinamento interno (“*principio di equivalenza*”), né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (“*principio di effettività*”).

Nella prospettiva della CGUE, le norme europee si limitano a vietare che l'esperibilità del ricorso sia subordinata dal legislatore nazionale al fatto che la procedura di affidamento abbia formalmente raggiunto una “*fase determinata*”, quale, ad esempio, quella di *aggiudicazione* ([Corte giust. UE, sez. I, 11 gennaio 2005](https://www.iusexplorer.it/document?id=2070286_0_1_SAU002D11M01Y2005N000000026S01&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwADcd6NWIqTvVxgK5CiEpJPiI_84l4FAA.*AAJTSQACMDMAAlNLABM3NDA2MjA3ODUwMDg2OTcwNTI1AAJTMQACMDI.*), in C-26/03, “*Stadt Halle*”; [Corte giust. UE, sez. IV, 5 aprile 2017](https://www.iusexplorer.it/document?id=5276759_0_1_SAU002D25M01Y2017N000000640S03&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwADcd6NWIqTvVxgK5CiEpJPiI_84l4FAA.*AAJTSQACMDMAAlNLABM3NDA2MjA3ODUwMDg2OTcwNTI1AAJTMQACMDI.*), in C-391/15 “*Marina del Mediterraneo*”).

In questo senso, quindi, la Corte del Lussemburgo ha affrontato una questione per così dire “speculare” rispetto a quella posta dalla disciplina del rito super-accelerato: la illegittimità della normativa interna che prescrive la *forzata* *posticipazione* della tutela in giudizio dell’operatore economico, anche nei casi in cui la lesione del suo interesse si sia già compiutamente verificata in un precedente segmento procedimentale, per effetto delle clausole del bando o di altre determinazioni della stazione appaltante, quali l’esclusione dalla gara. In tali eventualità, impedire la tempestiva e immediata reazione giurisdizionale dell’interessato comporterebbe una palese violazione delle regole sancite dalle direttive ricorsi, perché la tutela non sarebbe effettiva e potrebbe risultare vanificata la protezione cautelare.

La delimitazione oggettiva della giurisprudenza finora espressa dalla CGUE non impedisce di vagliare, simmetricamente, la legittimità eurounitaria di disposizioni interne le quali, al contrario, impongano la *forzata anticipazione* del ricorso, accompagnata da rigide preclusioni processuali, pure nelle ipotesi in cui non sia ancora manifestato il pregiudizio sostanziale della posizione giuridica dell’operatore economico o risulti concretamente e agevolmente percepibile la violazione.

Si può infatti intravedere, negli indirizzi del giudice europeo, l’affermazione di un principio di logica *sincronia* tra il pregiudizio derivante dalla lesione e il diritto ad un ricorso efficace: il termine per l’esercizio dell’azione non dovrebbe essere spostato né *in avanti* né *all’indietro*, rispetto a tale momento.

1. **Le ordinanze di rinvio alla CGUE e alla Corte costituzionale: la contestazione radicale del rito *superspeciale* e i riferimenti specifici al tema della idoneità delle norme in materia di *decorrenza* del termine di impugnazione. Lo spunto riferito alla *inadeguatezza* delle regole sull’*accesso* agli atti di gara**

Alla luce di queste coordinate ermeneutiche, quindi, occorre interrogarsi se la disciplina del rito *superspeciale* sia compatibile, per il puntale aspetto relativo alla decorrenza del termine di impugnazione, con la normativa eurounitaria e con i principi enunciati dalla CGUE.

In tale prospettiva, pur mettendo da parte la questione riguardante, in astratto, la compatibilità con il diritto euro-unitario della previsione di una necessaria *parentesi giurisdizionale*, dedicata all'immediata trattazione delle controversie relative alle ammissioni, si tratta di stabilire se il comma 2-*bis*, unitamente all'art. 29, comma 1, del Codice dei contratti pubblici e alla disciplina sostanziale del procedimento di ammissione delle offerte, sia compatibile con i principi di effettività della tutela del diritto UE, sanciti anche dall'[art. 47 della Carta di Nizza](https://www.iusexplorer.it/document?id=2834765_8284909_1_L_______19550804000000000000848&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwADcd6NWIqTvVxgK5CiEpJPiI_84l4FAA.*AAJTSQACMDMAAlNLABM3NDA2MjA3ODUwMDg2OTcwNTI1AAJTMQACMDI.*) (richiamato al *Considerando* 36 della [direttiva n. 2007/66/CE](https://www.iusexplorer.it/document?id=202548_1130056_1_DIRCE___20071211000000000000066&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwADcd6NWIqTvVxgK5CiEpJPiI_84l4FAA.*AAJTSQACMDMAAlNLABM3NDA2MjA3ODUwMDg2OTcwNTI1AAJTMQACMDI.*)), di cui il citato diritto derivato dell'Unione europea fa corretta applicazione.

Finora, la giurisprudenza non ha avuto occasione di approfondire questo specifico profilo di coordinamento tra la disciplina nazionale e quella europea, riferito alla *decorrenza*, affrontando, piuttosto, la problematica riguardante, in sé, la prescritta anticipazione dell’azione giurisdizionale, indipendentemente dalla pienezza della conoscenza di tutti gli elementi utili per apprezzare l’illegittimità delle ammissioni ed esclusioni.

Infatti, il [TAR Piemonte, Sez. I, 17 gennaio 2018, n. 88](https://www.iusexplorer.it/document?id=7288826_0_1_SAU025D17M01Y2018N000000088S01RPIC10100&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwQSsk-LHuadvLcRWXGmrLaPavNGK-Abow.*AAJTSQACMDMAAlNLABQtNTIwMjk2ODQ4NTQ2ODczNjM5OAACUzEAAjAy*)[[6]](#footnote-6), ha posto, in via pregiudiziale, alla Corte di Giustizia dell'UE, due *quesiti di fondo* sulla compatibilità della disciplina del rito super-speciale con la disciplina euro-unitaria in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, riguardanti la legittimità dell’onere di impugnazione anticipata, senza interrogarsi sulla congruità della disciplina riguardante il termine decadenziale e la sua decorrenza.

In particolare, il Tar per il Piemonte dubita:

1) se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività̀ sostanziale della tutela, segnatamente, gli [articoli artt. 6](https://www.iusexplorer.it/document?id=2834765_8284909_1_L_______19550804000000000000848&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwQSsk-LHuadvLcRWXGmrLaPavNGK-Abow.*AAJTSQACMDMAAlNLABQtNTIwMjk2ODQ4NTQ2ODczNjM5OAACUzEAAjAy*) e [13 della CEDU](https://www.iusexplorer.it/document?id=2834765_8284909_1_L_______19550804000000000000848&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwQSsk-LHuadvLcRWXGmrLaPavNGK-Abow.*AAJTSQACMDMAAlNLABQtNTIwMjk2ODQ4NTQ2ODczNjM5OAACUzEAAjAy*), l'art. [47](https://www.iusexplorer.it/document?id=2834765_8284909_1_L_______19550804000000000000848&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwQSsk-LHuadvLcRWXGmrLaPavNGK-Abow.*AAJTSQACMDMAAlNLABQtNTIwMjk2ODQ4NTQ2ODczNjM5OAACUzEAAjAy*) della [Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea](https://www.iusexplorer.it/document?id=2834765_8284909_1_L_______19550804000000000000848&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwQSsk-LHuadvLcRWXGmrLaPavNGK-Abow.*AAJTSQACMDMAAlNLABQtNTIwMjk2ODQ4NTQ2ODczNjM5OAACUzEAAjAy*) e l'[art. 1 Dir. 89/665/CEE](https://www.iusexplorer.it/document?id=195998_1088060_1_DIRCE___19891221000000000000665A0001S00&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwQSsk-LHuadvLcRWXGmrLaPavNGK-Abow.*AAJTSQACMDMAAlNLABQtNTIwMjk2ODQ4NTQ2ODczNjM5OAACUzEAAjAy*), 1 e 2 della Direttiva, ostino ad una normativa nazionale, quale l'[art. 120 comma 2-*bis* c.p.a](https://www.iusexplorer.it/document?id=1804510_5595280_1_DLT_____20100702000000000000104&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwQSsk-LHuadvLcRWXGmrLaPavNGK-Abow.*AAJTSQACMDMAAlNLABQtNTIwMjk2ODQ4NTQ2ODczNjM5OAACUzEAAjAy*)., che, impone all'operatore che partecipa ad una procedura di gara di impugnare l'ammissione o la mancata esclusione di un altro soggetto, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento con cui viene disposta l'ammissione/esclusione dei partecipanti;

2) se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, segnatamente, gli [articoli artt. 6](https://www.iusexplorer.it/document?id=2834765_8284909_1_L_______19550804000000000000848&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwQSsk-LHuadvLcRWXGmrLaPavNGK-Abow.*AAJTSQACMDMAAlNLABQtNTIwMjk2ODQ4NTQ2ODczNjM5OAACUzEAAjAy*) e [13 della CEDU](https://www.iusexplorer.it/document?id=2834765_8284909_1_L_______19550804000000000000848&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwQSsk-LHuadvLcRWXGmrLaPavNGK-Abow.*AAJTSQACMDMAAlNLABQtNTIwMjk2ODQ4NTQ2ODczNjM5OAACUzEAAjAy*), l'art. [47](https://www.iusexplorer.it/document?id=2834765_8284909_1_L_______19550804000000000000848&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwQSsk-LHuadvLcRWXGmrLaPavNGK-Abow.*AAJTSQACMDMAAlNLABQtNTIwMjk2ODQ4NTQ2ODczNjM5OAACUzEAAjAy*) della [Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea](https://www.iusexplorer.it/document?id=2834765_8284909_1_L_______19550804000000000000848&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwQSsk-LHuadvLcRWXGmrLaPavNGK-Abow.*AAJTSQACMDMAAlNLABQtNTIwMjk2ODQ4NTQ2ODczNjM5OAACUzEAAjAy*) e l'[art. 1 Dir. 89/665/CEE](https://www.iusexplorer.it/document?id=195998_1088060_1_DIRCE___19891221000000000000665A0001S00&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwQSsk-LHuadvLcRWXGmrLaPavNGK-Abow.*AAJTSQACMDMAAlNLABQtNTIwMjk2ODQ4NTQ2ODczNjM5OAACUzEAAjAy*)[[7]](#footnote-7), 1 e 2 della Direttiva, osti ad una normativa nazionale quale l'[art. 120 comma 2-*bis* c.p.a](https://www.iusexplorer.it/document?id=1804510_5595280_1_DLT_____20100702000000000000104&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwQSsk-LHuadvLcRWXGmrLaPavNGK-Abow.*AAJTSQACMDMAAlNLABQtNTIwMjk2ODQ4NTQ2ODczNjM5OAACUzEAAjAy*)., che preclude all'operatore economico di far valere, a conclusione del procedimento, *anche con ricorso incidentale*, l'illegittimità degli atti di ammissione degli altri operatori, in particolare dell'aggiudicatario o del ricorrente principale, senza aver precedentemente impugnato l'atto di ammissione nel termine suindicato.

Nell’ordinanza di rinvio, invece, poiché si dubita, in radice, dell’intera legittimità del rito *superspeciale*, non viene ulteriormente approfondito il tema specifico attinente alla *decorrenza* del termine, in relazione alla effettiva possibilità di esercitare il diritto di difesa, con la conseguente necessità di proporre un ricorso senza adeguata consapevolezza dei vizi della procedura.

In un passaggio della pronuncia, peraltro, si evidenzia, molto opportunamente, che il concorrente potrebbe essere tenuto a “*proporre il relativo ricorso in una fase del procedimento in cui la cognizione dei documenti di gara degli altri concorrenti è resa problematica dalla disciplina dettata nell’art. 53 del d.lgs. n. 50/2016, che al comma terzo vieta di comunicare o comunque di rendere noti gli atti di gara, l’accesso ai quali è differito all’aggiudicazione e, al suo comma quarto, rende punibile, ai sensi dell’art. 326 c.p. (rivelazione di segreti d’ufficio), la condotta del pubblico ufficiale o degli incaricati di pubblico servizio (endiadi in cui sono compresi tutti i funzionari addetti alla procedura di gara) inosservante del divieto.*

*La cogenza di tale incondizionato divieto, oltre a porre questioni di coordinamento con l’art. 29 cit., lascia prevedere una giustificata ritrosia dei soggetti responsabili della procedura a rendere ostensibile, oltre al provvedimento di ammissione, la documentazione amministrativa dei concorrenti, costringendo gli operatori a proporre ricorsi “al buio” ovvero, come confermato dalle già numerose pronunce intervenute sul punto, a presentare ulteriori ricorsi per l’accertamento del diritto di accesso alla documentazione necessaria per la proposizione del ricorso ex art. 120, comma 2 bis, c.p.a.*”

A stretto rigore, il citato art. 53 riguarda il differimento dell’accesso alle sole “*offerte*” (tecniche ed economiche); quindi, non pare comprendere i diversi documenti relativi alla domanda di partecipazione, alla dimostrazione dei requisiti soggettivi e i relativi allegati. La scarsa coerenza del linguaggio legislativo, tuttavia, potrebbe indurre a sovrapporre e confondere le due nozioni. Sarebbe quindi auspicabile un aggiornamento della formulazione racchiusa nell’art. 53.

L’ordinanza del Tar Piemontese, pertanto, ha il pregio di richiamare l’attenzione sulla strettissima connessione intercorrente tra l’effettiva *trasparenza* degli atti di gara e la garanzia eurounitaria del diritto di difesa.

Analogamente, anche i dubbi di legittimità costituzionale del rito superspeciale prospettati dal TAR per la Puglia[[8]](#footnote-8) hanno investito l’intero istituto processuale di cui all’art. 120, commi 2-*bis* e 6-*bis* del CPA, senza svolgere particolari analisi del tema della decorrenza del termine di impugnazione.

Infine, le pronunce dei giudici di primo grado[[9]](#footnote-9), che hanno espressamente escluso di dover sollevare la questione di costituzionalità o di compatibilità comunitaria dell'[art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a](https://www.iusexplorer.it/document?id=1804510_5595280_1_DLT_____20100702000000000000104&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwQSsk-LHuadvLcRWXGmrLaPavNGK-Abow.*AAJTSQACMDMAAlNLABQtNTIwMjk2ODQ4NTQ2ODczNjM5OAACUzEAAjAy*)., non si sono occupate, finora, della questione specifica della legittimità di una disciplina legislativa che, regolando la decorrenza del termine, potrebbe essere letta come imposizione di un gravoso onere non solo di *impugnazione anticipata*, ma anche di *impugnazione al buio*.

1. **La questione generalissima della decorrenza del termine di impugnazione: l’equilibrio tra sicurezza dei rapporti giuridici e tutela del cittadino. L’evoluzione della giurisprudenza e l’assetto del Codice del processo amministrativo. Esistono principi più specifici per le controversie in materia di affidamento dei contratti pubblici? Gli interessi sensibili contrapposti nei riti accelerati e super accelerati.**

Il tema della decorrenza del termine di proposizione del ricorso presenta comunque una complessa portata generale[[10]](#footnote-10) anche nella prospettiva del diritto interno “tradizionale”, correlata ad una pluralità di questioni, dogmatiche e pratiche, ripetutamente affrontate dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Risulta invece più episodica e disordinata la regolamentazione scritta, incentrata su poche norme generali e su rare disposizioni particolari.

In linea di massima, la disciplina positiva (così come ricostruita dalla giurisprudenza) dovrebbe individuare un ragionevole punto di equilibrio fra l’interesse generale alla certezza dei rapporti giuridici amministrativi (e alla inoppugnabilità dei provvedimenti che ne costituiscono la fonte) e il contrapposto *diritto di difesa*, costituzionalmente garantito.

In questo senso, le regole usuali in materia hanno delineato alcuni principi generali sufficientemente chiari, integrati, però, da una ricca giurisprudenza pretoria, sviluppatasi specialmente con riferimento ad alcune ipotesi peculiari.

Il sistema è da sempre incentrato sulla previsione di forme tipizzate di comunicazione o di pubblicazione degli atti amministrativi, volte proprio a definire i casi di *presunzione assoluta (o relativa) di conoscenza* dell’atto, idonei a far scattare, automaticamente, la decorrenza del termine, e sulla norma di chiusura, secondo cui la “*conoscenza effettiva*” o “*piena*” dell’atto stesso, comunque acquisita, è normalmente idonea a far decorrere il termine di impugnazione[[11]](#footnote-11).

Entro queste direttrici, peraltro, nel corso degli anni si sono sviluppate diverse e contrastanti linee evolutive.

A) Da un lato, grazie anche alle innovazioni tecnologiche dell’informatica, si sono perfezionate ulteriormente alcune modalità di pubblicazione degli atti amministrativi, agevolmente controllabili dagli interessati, e specifiche forme di comunicazione individuale aventi fede privilegiata: si pensi alla *posta elettronica certificata*, o al massiccio ampliamento dell’accesso civico, che presuppone un incremento degli obblighi di pubblicazione posti a carico delle amministrazioni. Si è dunque dilatato il perimetro dei casi in cui la decorrenza del termine è ancorata a circostanze obiettive e incontestabili.

B) Dall’altro lato, però, si è sempre più valorizzato il canone essenziale del *diritto di difesa*, inteso nella sua più estesa effettività, che impone di collegare la decorrenza del termine alla concreta possibilità di esercitare consapevolmente il diritto di azione.

Così, si è progressivamente superato il tralatizio criterio secondo cui, per l’idoneità della *piena conoscenza* dell’atto sia sufficiente la mera notizia dei soli *elementi essenziali*, riguardanti la data, l’autorità emanante e il contenuto dispositivo (lesivo) del provvedimento. La giurisprudenza ha invece consolidato la tesi secondo cui, a tal fine, di regola, è sempre necessaria anche la conoscenza completa della *motivazione* dell’atto[[12]](#footnote-12).

Questo indirizzo si è affermato anche nell’ambito del contenzioso riguardante l’affidamento di contratti pubblici. In tale direzione, fra le tante, Cons. St., Sez. V, 13 febbraio 2017, n. 592, afferma che “*ai sensi del combinato disposto dei commi 5 e 5-*bis *dell’articolo 79 del decreto legislativo n. 163 del 2006, il termine per l’impugnativa avverso l’aggiudicazione non decorre dalla comunicazione dell’avvenuta aggiudicazione di cui al comma 5, lettera a), bensì dal momento in cui (ai sensi del successivo comma 5-*bis*) la stazione appaltante comunica in modo pieno la* motivazione dell’aggiudicazione *e, in particolare, gli elementi di cui al comma 2, lettera c).*

*Pur a fronte di un orientamento che connette il decorso del termine per l’impugnativa avverso l’atto di aggiudicazione alla semplice comunicazione dell’avvenuta aggiudicazione, in quanto contenente gli elementi essenziali dell’atto e, pertanto, idonea a porre il concorrente leso in condizione di apprezzarne la lesività e l’illegittimità, anche alla luce della giurisprudenza eurounitaria è necessario che il termine a quo del decorso del termine dell’impugnativa coincida con quello in cui il concorrente è in grado di apprezzare l’illegittimità commessa in proprio danno, e non anche la sola lesività dell’intervenuta aggiudicazione (in tal senso: CGUE, sentenza 8 maggio 2014 in causa C-161/13 –Idrodinamica), ragion per cui la sola comunicazione di aggiudicazione di cui al comma 5 dell’articolo 79, cit., non è idonea a determinare il decorso del termine per l’impugnativa, atteso che tale effetto potrà essere sortito solo dalla diversa comunicazione con la quale (ai sensi dei commi 2, lettera c) e 5-*bis*) la stazione appaltante abbia altresì reso note le* motivazioni *dell’aggiudicazione, e quindi gli specifici vantaggi dell’offerta selezionata*”[[13]](#footnote-13).

1. **La decorrenza del termine e la disciplina nazionale ed eurounitaria sulla trasparenza amministrativa e sull’accesso ai documenti di gara: verso un ampliamento del diritto di difesa?**

Un ulteriore eventuale passo, in chiave garantistica, riguarda, poi, il possibile rilievo della normativa – nazionale ed europea - in materia di *trasparenza* degli atti del procedimento. La sua piena e corretta applicazione dovrebbe condizionare la decorrenza del termine di proposizione del ricorso: quindi, per comprendere l’effettiva portata lesiva dell’atto potrebbe essere necessaria la conoscenza (o per lo meno la *conoscibilità*) dell’intero procedimento e della relativa documentazione: non basterebbe, quindi, apprendere il contenuto motivazionale dell’atto conclusivo dell’iter.

Allo stato, però, nel sistema generale, il preciso coordinamento tra il principio della trasparenza, il diritto di accesso e la piena conoscenza del provvedimento lesivo non risulta ancora esplorato in modo esaustivo. Sembra plausibile ritenere, quanto meno, che l’accertata impossibilità di accedere ai documenti decisivi (ad esempio, per effetto di un illegittimo rifiuto opposto dall’amministrazione a fronte di una tempestiva richiesta di accesso), ostacolando la cognizione di elementi essenziali del rapporto controverso, dovrebbe impedire l’inizio della decorrenza del termine.

Tuttavia, la giurisprudenza risulta tuttora assestata sulla tesi secondo cui, in linea generale, per integrare la *piena conoscenza*, da cui decorre il termine per la proposizione del ricorso, è necessaria, ma anche *sufficiente*, la comprensione della sola *motivazione* dell’atto lesivo, mentre non serve anche la conoscenza integrale dei *documenti* relativi al procedimento.

Ciò chiarito, la questione della “*piena conoscenza*” è stata affrontata dalla giurisprudenza in diversi ambiti settoriali, con la creazione di alcuni principi di *diritto vivente* consolidato, spesso ben al di là di quanto desumibile dalla norma scritta. Si pensi al noto orientamento circa la decorrenza del termine per l’impugnazione dei titoli edilizi, secondo cui la realizzazione materiale di un manufatto determina, in ogni caso, una presunzione di conoscenza del relativo atto[[14]](#footnote-14).

1. **Il problema specifico della decorrenza dei termini di impugnazione nei riti speciali e accelerati. Gli interessi rilevanti e l’eterogeneità delle regole di diritto positivo. La necessità di conciliare l’esigenza della rapida inoppugnabilità del provvedimento con la pienezza del diritto di difesa.**

Molto più raramente il legislatore è intervenuto “specificamente” sulla disciplina della decorrenza del termine di impugnazione, in relazione ad alcuni settori ritenuti meritevoli di particolare attenzione, per la loro conformazione sostanziale[[15]](#footnote-15) o per le peculiarità processuali. Ciò è avvenuto, talvolta, proprio nell’ambito della regolamentazione dei riti speciali, caratterizzati da una contrazione (normalmente il *dimezzamento*) del termine di proposizione del ricorso. In simili circostanze, l’eccezionale brevità del termine per l’accesso alla tutela giurisdizionale suggerisce la massima chiarezza e precisione delle regole.

Tuttavia, solo in alcune ipotesi il legislatore si è preoccupato di delineare univocamente il momento di inizio del termine decadenziale per l’esercizio dell’azione. Per esempio, nel rito in materia di accesso, a fronte del brevissimo termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso, non sono state dettate disposizioni speciali per la sua decorrenza.

Diversamente, invece, nei riti elettorali e nel *rito appalti* “generale” di cui all’art. 120 del CPA, vi sono alcune regole particolari, espressamente riferite alla decorrenza del termine.

Non è affatto chiara la ragione di questo atteggiamento così eterogeneo del legislatore, frutto, probabilmente, delle dissimili contingenze storiche da cui sono derivate le singole regole processuali.

Si può agevolmente intuire, comunque, che in tutti i casi di riti accelerati, i quali prevedono la riduzione dello stesso termine di proposizione del ricorso, si enfatizza il potenziale conflitto tra le contrapposte esigenze di pienezza della tutela e di certezza dei rapporti giuridici.

Quando il legislatore ritiene di abbreviare sensibilmente i termini, per accelerare la formazione della inoppugnabilità dell’atto, potrebbe diventare opportuno stabilire sempre meccanismi certi per l’individuazione delle date entro cui proporre ricorso, favorendo la più rapida e sicura *decorrenza* del termine decadenziale.

Di contro, però, proprio l’esiguità dei termini brevi (talvolta “brucianti”, come i soli tre giorni del rito elettorale preparatorio di cui all’art. 129 del CPA) impone di consentire alla parte interessata l’esercizio consapevole del suo diritto di difesa.

La realizzazione contestuale di entrambi i principi antagonisti non è affatto semplice, perché un sistema incentrato sulla rapida decorrenza del termine decadenziale può funzionare efficacemente, senza compressione del diritto di difesa, solo se:

1. l’iter sostanziale segue uno sviluppo chiaro e predeterminato, nelle sue tappe cronologiche;
2. il coinvolgimento delle parti interessate nel procedimento è massimo;
3. il grado di trasparenza degli atti è totale.

Diversamente, risulterebbe vanificata l’esigenza propria del rito accelerato, o si correrebbe il rischio di limitare il diritto di difesa.

In questo senso, sembra soddisfacente (e potrebbe costituire un utile modello di riferimento) la citata regolamentazione del rito speciale riguardante il procedimento elettorale preparatorio, di cui all’art. 129 del CPA: le relative norme sostanziali sono perfettamente scandite nella loro successione cronologica e la piena e agevole disponibilità degli atti delle procedure consente al ricorrente un efficace esercizio del diritto di difesa.

1. **L’evoluzione della disciplina riguardante il rito appalti di cui all’art. 120 e il processo *superspeciale* di cui al comma 2-*bis*. L’attuazione della direttiva n. 66/2007 e l’effettività del diritto di difesa. Il codice dei contratti pubblici del 2006.**

In questa complessa cornice di riferimento si situa la specifica disciplina della decorrenza del termine di proposizione del ricorso nel rito *superspeciale*.

Anche a questo riguardo, il sistema vigente segue l’impostazione, non sempre nitida, dei “*cerchi concentrici*” e della “*specialità a livelli crescenti*” dei riti processuali.

Infatti, il processo di cui ai commi 2-*bis* e 6-*bis* è:

1. *speciale* rispetto a quello di cui all’art. 120;
2. il quale è a sua volta *speciale* rispetto all’art. 119;
3. che è, infine, giudizio *speciale* rispetto al processo ordinario di cognizione.

Insomma, a stretto rigore, siamo in presenza di una “*superspecialità*”, di *terzo grado*.

L’art. 119, intanto, non detta alcuna specifica regola derogatoria sulla decorrenza, anche perché la durata del termine per la proposizione del ricorso resta sempre quello ordinario di sessanta giorni, mentre il dimezzamento dei termini riguarda le sole fasi processuali successive.

Inoltre, la disposizione comprende controversie talmente eterogenee, che risulterebbe impossibile definire puntualmente il regime di decorrenza del termine per ciascuna delle diverse fattispecie.

L’art. 120, relativo al *rito appalti* “*generico*”, invece, contiene importanti disposizioni dedicate proprio alla individuazione del momento di inizio del termine di impugnazione. Il comma 2-*bis*, a sua volta, disciplina, ulteriormente, la decorrenza del termine di proposizione del ricorso nel processo *superspeciale*.

È utile partire dalle regole “*più generali*” (o *meno speciali*) dell’art. 120 del CPA, per poi studiare le differenze e il rapporto con le norme appositamente riferite al rito *superspeciale*. Va peraltro avvertito che entrambi i gruppi di regole sono costruiti in modo tale da rinviare alla disciplina “*sostanziale*” racchiusa nel codice dei contratti pubblici. Questa circostanza determina un’ulteriore difficoltà di coordinamento, destinata a suscitare oscillazioni interpretative.

L’art. 120, sin dalla sua versione originaria, ha regolato alcuni profili della decorrenza del termine di impugnazione.

Si tratta di regole che derivano, senza importanti modifiche, dal previgente codice dei contratti pubblici (n. 163/2006), nel suo duplice contenuto sostanziale e processuale, come novellato dal decreto legislativo n. 53/2010, di attuazione della direttiva UE n. 66/2007.

L’origine eurounitaria della normativa racchiusa nell’art. 120 del CPA non va assolutamente trascurata, perché essa è visibilmente condizionata dalla esigenza di consentire all’operatore interessato, proprio secondo i principi espressi dal diritto UE, la proposizione di un ricorso efficace.

La precisa regola sugli obblighi di comunicazione, poi, esprime l’ulteriore necessità di delineare, in modo chiaro, il funzionamento e la durata della sospensione della stipulazione del contratto (*stand still* sostanziale e processuale), stabilita dalla stessa direttiva n. 66/2007.

Nel recepimento nazionale, questa prospettiva di adeguata garanzia del diritto di difesa si è accompagnata anche all’obiettivo di acquisire la massima *certezza* in ordine alla intervenuta inoppugnabilità dell’aggiudicazione. Ma la principale finalità “*garantista*” della normativa va tenuta in debita considerazione.

In questa complessa cornice si potrebbe spiegare, intanto, la previsione dell’art. 120, comma 2, secondo la quale “*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.*

*Se sono omessi gli avvisi o le informazioni di cui al presente comma oppure se essi non sono conformi alle prescrizioni ivi contenute, il ricorso non può comunque essere proposto* decorsi sei mesi dal giorno successivo alla data di stipulazione del contratto”.

La norma, nell’ultima parte, stabilisce una barriera temporale “*oggettiva*” alla possibilità di contestare gli affidamenti diretti non pubblicizzati, fissata, incontestabilmente, in sei mesi *dalla stipulazione del contratto*, anche prescindendo dalla intervenuta pubblicazione e comunicazione dell’atto o, in alternativa, dalla sua effettiva piena conoscenza.

Quindi, la disposizione speciale sulla *decorrenza* del termine di ricorso, in questa fattispecie, realizza il condivisibile scopo di assicurare certezza, derogando, però, alla previsione generale di cui all’art. 41 del CPA, in direzione “*peggiorativa*” del diritto di difesa[[16]](#footnote-16), in relazione ad ipotesi di gravi illegittimità, costituite da affidamenti diretti non accompagati da adeguata pubblicità.

Si tratta, comunque, di controversie poco diffuse: sicché, l’evidente criticità della disposizione processuale non è finora emersa in giurisprudenza[[17]](#footnote-17).

1. **La disciplina di dettaglio dell’art. 120, comma 5: la decorrenza del termine legata necessariamente alla comunicazione formale e la residualità della “*piena conoscenza*”.**

Il successivo comma 5 contiene la disciplina più significativa, stabilendo, sin dalla sua versione originaria[[18]](#footnote-18), che:

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

L’impostazione di insieme del rito appalti di cui all’art. 120, comma 5, del CPA risulta, quindi, sufficientemente nitida, perché, ai fini della decorrenza, attribuisce rilievo centrale alle tipiche modalità di comunicazione e di pubblicità degli atti di gara, regolate in modo analitico, quanto a forma e contenuto, dal codice dei contratti pubblici.

La disposizione assegna, inoltre, esplicito valore, sia pure residuale, al criterio generale della “*conoscenza*” effettiva dell’atto. Il risalto di questa espressa indicazione deve essere valutato con attenzione, perché influisce, direttamente, sul problema della decorrenza del termine nel rito *superspeciale*.

La norma è visibilmente indirizzata a superare, in radice, ogni possibile dubbio circa l’operatività della previsione generale dell’art. 41, comma 2, del CPA: “*2. Qualora sia proposta azione di annullamento il ricorso deve essere notificato, a pena di decadenza, alla pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato e ad almeno uno dei controinteressati che sia individuato nell'atto stesso 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*”.

In presenza di una disciplina dettagliatamente riferita alla decorrenza del termine nell’art. 120, comma 5, infatti, si potrebbero ragionevolmente sostenere due tesi alternative.

A) In virtù del *rinvio interno* stabilito dal CPA e della portata generale della disciplina in materia di decorrenza del termine di proposizione del ricorso principale, nella struttura dell’art. 120 “generale” si confermerebbe il disegno ordinario di cui all’art. 41, integrato da alcune specificazioni del tutto coerenti con tale impostazione, riferite unicamente alle *modalità* tipiche di comunicazione e di notificazione. Pertanto, troverebbe applicazione, in via residuale, il criterio generale della “*piena conoscenza*”.

B) Poiché l’art. 120 costituisce un “*microsistema*” processuale autosufficiente, correlato alla normativa di derivazione europea, l’operatività delle regole generali sulla decorrenza del termine (comprensive del criterio della “*piena conoscenza*”) andrebbe radicalmente esclusa, a fronte di una disciplina *ad hoc*, che non lo contempla.

Il problema si era posto, concretamente, nel breve periodo intercorrente tra l’entrata in vigore del decreto legislativo n. 53/2010 e quella del CPA. L’art. 245, comma 2-*quinquies*; del codice n. 163/2006, infatti, aveva temporaneamente previsto che “*i termini processuali sono stabiliti in*:

“a) *trenta giorni per la notificazione del ricorso e per la proposizione di motivi aggiunti avverso atti diversi da quelli già impugnati, decorrenti dalla ricezione della comunicazione degli atti ai sensi dell'articolo 79 o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8*”.

Tale previsione, quindi, non faceva alcuna menzione esplicita del criterio residuale della *piena conoscenza* dell’atto. Da qui i ricordati dubbi interpretativi e l’opportunità di risolvere la questione con una norma espressa.

L’art. 120, comma 5, opta indiscutibilmente per la prima tesi interpretativa, nel senso della rilevanza, ai fini della decorrenza del termine di ricorso, anche della *conoscenza piena*, comunque acquisita. L’opportunità della soluzione seguita dal codice è tutta da verificare. Nel sistema del contenzioso sui contratti pubblici sarebbe forse preferibile una regola oggettiva e certa sulla decorrenza del termine, considerata l’indeterminatezza del criterio della “piena conoscenza”.

Bisogna comunque riflettere attentamente sulla circostanza che la questione sia stata espressamente risolta con una precisa disposizione soltanto per il rito appalti “generico”. Un’analoga – esplicita - norma chiarificatrice è assente, invece, nel rito di cui al comma 2-*bis*.

1. **L’accesso immediato informale secondo il codice n. 163/2006: il principio di conoscenza piena (o di conoscibilità effettiva) degli atti e della documentazione del procedimento. La regola pretoria del termine “prolungato” a quaranta giorni. La soppressione dell’accesso informale nel codice n. 50/2016 e le sue conseguenze pratiche.**

Nel suo insieme, comunque, la normativa di cui all’art. 120, comma 5, non sembra avere posto, finora, seri dubbi di legittimità costituzionale od eurounitaria, nonostante la palese ristrettezza del termine per il ricorso. Il *rito appalti* “generico”, invero, non sembra imporre alcun onere di impugnazione “*al buio*”, in assenza, cioè, di una effettiva percezione della lesione e della sospetta illegittimità degli atti di gara.

A favore di questa lettura, rivolta a sancire la valenza complessivamente “*garantista*” del sistema previgente, si pone, però, un elemento di centrale importanza: la previsione legislativa dell’istituto tipico dell’*accesso immediato e informale* alla documentazione di gara, da esercitare entro dieci giorni dalla comunicazione di cui all’art. 79 del codice n. 163/2006, come modificato dal decreto legislativo n. 53/2010[[19]](#footnote-19).

Molto opportunamente, la giurisprudenza aveva valorizzato il ruolo della norma, affermando che, sino all’effettivo esercizio dell’indicato *accesso informale*, o, al massimo, allo spirare del prescritto termine di dieci giorni, non iniziasse a decorrere il termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso.

Questa linea interpretativa, pienamente consolidata, determinava, nella prassi, una concreta dilatazione del termine per la proposizione del ricorso, in pratica elevato a *quaranta giorni*. Ma, soprattutto, esprimeva un principio di straordinaria importanza sistematica: nel *rito appalti* la decorrenza del termine deve sempre collegarsi alla concreta disponibilità e conoscibilità non solo dell’atto lesivo e della sua motivazione, ma anche della intera *documentazione di gara*, con la sola eccezione di quella riservata, fra cui quella relativa ai segreti commerciali delle offerte.

Ora, però, il codice n. 50/2016 ha, inopinatamente, eliminato proprio l’istituto dell’accesso informale semplificato, alimentando numerosi interrogativi in ordine alla pericolosa incidenza della innovazione sulla effettività del diritto di difesa e sull’esatta individuazione della decorrenza del termine di ricorso.

La possibile ragione del cambiamento è duplice.

A) In primo luogo, il legislatore del 2016 intenderebbe recuperare la certezza in ordine alla durata del termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso, evitando ogni ipotizzabile dilatazione giurisprudenziale della sua complessiva misura. In ultima analisi, la riforma dell’accesso informale mira proprio a contrastare il *diritto pretorio* che, come illustrato, aveva, di fatto, corretto la lettera dell’art. 120, costruendo un termine decadenziale di *quaranta giorni*, aggiungendo un segmento di dieci giorni al termine espresso di trenta giorni.

B) In secondo luogo, a parziale compensazione di questa oggettiva e palese limitazione del diritto di difesa, derivante dalla soppressione dell’accesso informale, il legislatore del 2016 ipotizza che l’accentuata digitalizzazione delle procedure di gara e dei relativi atti dovrebbe consentire agli operatori economici la *conoscibilità immediata* di tutti i documenti ostensibili, senza alcuna necessità di esercitare un accesso “fisico” e cartaceo presso gli uffici della stazione appaltante, secondo la procedura descritta dal codice abrogato.

Si tratta di appurare, allora, se, tecnicamente e giuridicamente, sia effettivamente realizzabile questo accesso immediato e informatico. Allo stato, la risposta sembrerebbe essere nel suo complesso affermativa. In ogni caso, non sono emersi, in giurisprudenza ulteriori dubbi sulla tenuta complessiva del nuovo sistema, riferito al rito appalti “*generico*”.

Giova segnalare, però, che, in alcuni casi, la giurisprudenza ha ritenuto che, a fronte di una tempestiva richiesta di accesso (formale) non ancora evasa dalla stazione appaltante (evidentemente riferita a documenti non disponibili in via informatica e “automatica”), il termine per la proposizione del ricorso avverso l’aggiudicazione non inizia a decorrere (così TAR Lazio, Roma, Sez. II-ter, 30 marzo 2017, n. 4054).

Il rapporto fra la decorrenza del termine di proposizione del ricorso e la trasparenza amministrativa, quindi, mantiene intatta – se non aggravata - tutta la sua criticità. E il caso citato dimostra come la soppressione dell’accesso informale “speciale” potrebbe condurre addirittura all’allungamento sostanziale del termine di proposizione del ricorso, che inizierebbe a decorrere solo dopo la realizzazione concreta dell’*accesso formale*. Si realizzerebbe, quindi, proprio l’effetto opposto all’obiettivo acceleratorio divisato dal legislatore del 2016.

1. **La *superspecialità* delle particolari regole riguardanti la decorrenza del termine di ricorso nel rito di cui al comma 2-*bis*. La loro finalità di certezza e di garanzia del diritto di difesa. La logica della “*salvezza*” prevista al comma 5 e lo spazio applicativo delle regole generalissime di cui all’art. 41 e del “*rito appalti*”.**

Il codice n. 50/2016, per il resto, conferma pienamente il disegno delineato dall’abrogato codice n. 163/2006, al punto di “dimenticarsi” di adeguare, all’interno dell’art. 120 del CPA, i riferimenti alle nuove disposizioni in materia di comunicazione e pubblicità. La giurisprudenza ha prontamente e opportunamente superato il difetto, meramente formale, ritenendo, ragionevolmente, che l’art. 120, comma 5, contenga un rinvio “mobile”, trasferibile, senza difficoltà, alle corrispondenti disposizioni del nuovo codice n. 50/2016, in materia di pubblicità (in particolare, l’art. 76), che riproducono, in modo pressoché identico, la vecchia disciplina dell’abrogato art. 79 (fatta eccezion per l’accesso informale).

Ma come si raccorda esattamente la disciplina dell’art. 120, comma 5, con quella riferita espressamente al rito *superspeciale*?

Il comma 5 dell’art. 120, prevede, ora, un inciso iniziale, che dovrebbe rappresentare il *ponte* (o il *confine*) fra le due normative: “*Salvo quanto previsto al comma 6 -* bis*,* (…)”.

La formulazione prescelta è inevitabilmente destinata a suscitare incertezze applicative, perché non consente di apprezzare con immediatezza il preciso rapporto tra i due riti voluto dal legislatore. “*Fare salvo*” può significare che tutte le regole specialissime prevalgono su quelle più generali, impedendone in radice l’applicazione. Oppure, potrebbe significare che le norme “più generali” si applicano per le sole parti non espressamente disciplinate, se ritenute compatibili.

Il primo elemento da considerare riguarda comunque la circostanza che, già nella norma riferita puntualmente alla *decorrenza* del termine di proposizione del ricorso ex art. 120 nel suo complesso, fa immediata apparizione una particolare previsione di salvezza e di *superspecialità*, riguardante il “minirito” di cui ai commi 2-*bis* e 6-*bis*.

In che cosa consiste, concretamente, questa disciplina diversa e derogatoria e quali sono gli obiettivi perseguiti? Il comma 2-*bis* sterilizza, in tutto o in parte, l’operatività del comma 5? Va nel senso di proteggere in modo più incisivo il diritto di difesa della parte interessata? Oppure, al contrario, nella conclamata finalità di massima accelerazione, comprime le effettive facoltà di accesso alla tutela giurisdizionale? O, ancora, si tratta, di una semplice “*differenza tecnica*”, riferita alle forme di pubblicità e comunicazione dei provvedimenti impugnabili con il rito *superspeciale*, che non tocca la “qualità” del diritto di difesa, nella sua relazione col principio di certezza dei rapporti giuridici, ma intende solo operare un adeguato raccordo tra la tutela giurisdizionale e la disciplina sostanziale del procedimento e la sua *trasparenza*?

La precisa ricostruzione del quadro di insieme riferito al *minirito* non è di immediata percezione, sia prima che dopo l’intervento del decreto correttivo n. 56/2017.

Già questo primo dato spiega l’incertezza della giurisprudenza e la spiacevole sensazione che proprio nel campo riguardante il calcolo esatto dei termini di impugnazione manchi quella “sicurezza” necessaria per stabilire se la procedura di gara abbia subito, o meno, una rituale e tempestiva impugnazione.

Intanto, come anticipato, risulta equivoco il senso della indicata riserva (e quindi del rinvio) compiuto dal comma 5 al comma 6-*bis*. A stretto rigore, infatti, il citato comma 6-*bis[[20]](#footnote-20)* ha per contenuto esclusivo la determinazione delle regole strettamente *processuali* del rito superspeciale, senza regolare in alcun modo la decorrenza del termine di impugnazione, ad eccezione di quello relativo al ricorso in appello.

Siamo allora al cospetto di un “errore” del legislatore, con la conseguenza che l’indicata “*salvezza*” non avrebbe alcun reale contenuto precettivo? O la norma dovrebbe conservare un limitato spazio applicativo solo allo scopo di definire la decorrenza del termine per la proposizione dell’appello?

Il *rinvio* appare lessicalmente impreciso. Ma è ragionevole ritenere che la norma di salvezza, seppure impropriamente formulata, intenda riferirsi al rito *superspeciale* nel suo complesso e alla sua intera disciplina, e, quindi, comprende altresì la regola del comma 2-*bis* (e anche, come si vedrà, l’art. 29 del codice dei contratti pubblici n. 50/2016), dedicata puntualmente alla decorrenza del termine di proposizione del ricorso.

D’altro canto, anche lo stesso comma 6-*bis* richiama espressamente al proprio interno il comma 2-*bis*, sicché, sia pure in un modo indiretto, la *salvezza* della specialissima disciplina in materia di decorrenza del termine di proposizione del ricorso risulta definitivamente confermata.

1. **Il contenuto della regola prevista dal comma 2-*bis*, isolatamente considerata. La decorrenza è correlata alla mera *pubblicazione* del provvedimento integrale? È necessaria anche la comunicazione individuale al concorrente? Occorre la *motivazione* dell’atto? La piena conoscenza ottenuta *aliunde* può essere equiparata alla pubblicazione?**

Il comma 2-*bis* stabilisce che “*il 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-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni,* **decorrente** *dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell’articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11*”.

La disposizione presenta una valenza sostanziale, nella parte riguardante la descrizione dell’atto oggetto di impugnazione, ed un significato strettamente processuale, nella parte riferita alla decorrenza del termine.

Il comma 2-*bis*, se isolatamente considerato, senza il successivo raccordo con l’art. 29 del CCP, prevede una regola assai diversa da quella del comma 5: per la decorrenza del termine di impugnazione non vale la “*comunicazione*” dell’atto, ma occorre la mera *pubblicazione* dell’atto lesivo. Non è richiamata, peraltro, nemmeno la previsione di chiusura relativa alla “*piena conoscenza*”, quale presupposto alternativo di decorrenza del termine di impugnazione.

Prima dell’intervento del correttivo, quindi, il senso della previsione legislativa poteva essere interpretato univocamente nel senso di delineare in modo oggettivo e certo il termine di decorrenza dei trenta giorni, inderogabilmente collegato al solo adempimento della pubblicazione del provvedimento, senza necessità di ulteriori requisiti, ma anche senza possibilità di individuare circostanze alternative.

Nonostante la sua apparente perentorietà e stringatezza, la disposizione, già nella sua iniziale formulazione, prospetta diversi dubbi, non tutti sciolti dall’intervento del decreto correttivo del codice, proprio per il persistente difetto di coordinamento tra la disciplina sostanziale e quella processuale.

Intanto, la norma introduce un elemento sostanziale di non agevole inquadramento sistematico, che connette il tema della decorrenza del termine di proposizione del ricorso con quello relativo alla individuazione dell’oggetto del giudizio. Infatti, nella disposizione si fa riferimento al “*provvedimento*” conclusivo della *fase* di ammissione e di esclusione delle offerte. Questo atto, tuttavia, non è chiaramente individuato nel codice dei contratti pubblici, che descrive la relativa attività procedimentale in modo sommario e incompleto.

Sul piano letterale, poi, la disposizione non chiarisce nemmeno quale sia il contenuto “*minimo*” del provvedimento e del conseguente obbligo di pubblicazione, con particolare riguardo alla *motivazione* dell’atto e alla documentazione del procedimento. Uno spunto potrebbe essere offerto dalla circostanza che si tratta di una determinazione compiuta all’esito di una “*valutazione*”, ossia di un apprezzamento non meramente estrinseco dei requisiti dei concorrenti.

D’altro lato, però, nella disciplina positiva descritta dal codice e nella prassi delle stazioni appaltanti, la decisione circa l’ammissione delle offerte si basa solitamente sulla lettura delle autodichiarazioni dei partecipanti, senza lo sviluppo di istruttorie particolarmente articolate o l’espressione di argomentazioni approfondite.

In assenza di indicazioni nella legge, si sarebbe potuto ragionevolmente concludere, allora, che, almeno prima delle modifiche recate dal correttivo, l’atto (eccezion fatta per la parte riguardante le *esclusioni*) non richiedesse una diffusa motivazione. In tal senso deporrebbe anche l’argomento secondo cui, per principio costante, la determinazione ampliativa della sfera dell’interessato (quale deve considerarsi l’ammissione) non richiede analitiche enunciazioni delle ragioni di fatto e di diritto che le sorreggono.

L’intento originario del comma 2-*bis* è, palesemente, quello di giustificare, già sul piano sostanziale, la prevista *anticipazione* dell’impugnazione. In questo senso, la norma qualifica ora come “*provvedimento*” la determinazione delle offerte ammesse alla successiva valutazione, ossia un atto tradizionalmente considerato come endoprocedimentale. In tal modo, si vorrebbe affermare il valore costitutivo della determinazione e la sua idoneità a incidere su un rapporto giuridico amministrativo. L’*interesse* alla corretta definizione della platea dei concorrenti non sarebbe eventuale e meramente strumentale, ma diventerebbe autonoma posizione giuridica sostanziale, suscettibile di immediata lesione, indipendentemente dallo sviluppo e dagli esiti della gara.

A parte i dubbi generali sulla persuasività di tale qualificazione e sulla sua reale attitudine a dare conto della nuova regola processuale, resta il fatto che, nel tessuto della disciplina codicistica, si palesa tuttora il difetto concreto di coordinamento con la definizione dei segmenti procedimentali in cui si articola la gara e l’iter dell’affidamento.

Prendendo alla lettera la norma, e senza coordinarla ancora con l’art. 29 del codice n. 50/2016, si dovrebbe ritenere che la prescritta pubblicazione rappresenti l’unica condizione, necessaria e sufficiente, per la decorrenza del termine di impugnazione delle ammissioni ed esclusioni. La *ratio* della disposizione, interpretata in questo modo, sarebbe quella di favorire rapidamente la definizione di ogni possibile contenzioso sulla ammissibilità delle offerte, anche a costo di realizzare un sacrificio del diritto di difesa degli operatori economici interessati.

Seguendo questa rigorosa lettura esegetica della previsione legislativa, l’ancoraggio della decorrenza del termine di ricorso ad un unico fatto obiettivo e certo, quale la *pubblicazione* del provvedimento, potrebbe risolversi, a seconda delle eventualità, anche in un “*vantaggio*” per l’operatore economico.

Infatti, in questa prospettiva, l’omessa pubblicazione non potrebbe essere mai surrogata da altre forme di conoscenza, quali la notifica, la comunicazione individuale (informale o via PEC), o, in generale, la piena, effettiva conoscenza dell’atto.

L’interpretazione letterale della disposizione porta a questo esito. Il comma 2-*bis*, infatti non fa alcuna menzione di una decorrenza diversa da quella agganciata alla pubblicazione. L’art. 120, comma 5, che, invece prevede la rilevanza residuale del criterio della *piena conoscenza*, fa espressamente *salva* la diversa disciplina del rito *superspeciale*.

Quindi, non si potrebbe ritenere che siano applicabili le norme generali, in quanto:

1. il *microsistema* dei commi 2-*bis* e 6-*bis* è chiuso e autosufficiente, proprio in considerazione delle sue peculiarità e della eccezionalità del suo ambito;
2. l’art. 120 ha dovuto espressamente richiamare, al comma 5, il criterio generale dell’art. 42, perché la tipizzazione dei mezzi di comunicazione dell’atto avrebbe dovuto ritenersi, altrimenti, incompatibile con la regola della *piena conoscenza*.
3. **La disciplina contenuta nell’art. 29 del codice dei contratti pubblici, prima dell’intervento del correttivo del 2017: il coordinamento imperfetto con lo sviluppo del procedimento di gara. La comunicazione del provvedimento, la motivazione, la disponibilità degli atti del procedimento costituiscono presupposti necessari per la decorrenza del termine e la stessa applicazione del rito? L’accentuazione del principio di trasparenza e la necessaria garanzia del diritto di difesa.**

Il tema della decorrenza del termine è però condizionato dalla disciplina in materia di *pubblicità* e *trasparenza*, contenuta nell’art. 29, comma 1, secondo periodo, del codice dei contratti pubblici e della sua modifica derivante dal correttivo.

La norma, con una formulazione rimasta immutata anche dopo l’intervento del correttivo[[21]](#footnote-21), stabilisce, in primo luogo che:

“*Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali. È inoltre pubblicata la composizione della commissione giudicatrice e i curricula dei suoi componenti. Nella stessa sezione sono pubblicati anche i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione.*”

Nell’architettura del nuovo rito, quindi, si è deciso, sia pure molto discutibilmente, di disciplinare un aspetto essenziale della decorrenza del termine di proposizione del ricorso all’interno dell’atto normativo che regola il procedimento sostanziale di affidamento: il codice dei contratti pubblici e non il codice del processo amministrativo. Inoltre, la previsione è inserita nella parte riguardante propriamente la “*trasparenza*” degli atti di gara, trascurando di definire con maggiore chiarezza il presupposto strettamente sostanziale della procedura.

La norma, nonostante gli specifici rilievi svolti dal parere del Consiglio di Stato sullo schema di codice, prima dell'intervento “correttivo” del 2017, non chiariva se fosse imposta, quale condizione necessaria per la decorrenza del termine, anche la *comunicazione individuale* ai concorrenti del provvedimento riguardante le ammissioni ed esclusioni e, al pari del comma 2-*bis* dell’art. 120, non svolgeva alcun esplicito richiamo a uno specifico *obbligo di motivazione*.

L’art. 76, comma 3, del codice dei contratti pubblici, nella sua versione originaria, stabiliva che: “*Fermo quanto previsto nell'articolo 29, comma 1, secondo e terzo periodo, contestualmente alla pubblicazione ivi prevista è dato 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-professionali, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti.*”

La disposizione faceva riferimento, quindi, alla *comunicazione individuale* e alla disponibilità materiale degli *atti* relativi alle ammissioni ed esclusioni.

Ma l’inequivoco inciso iniziale di *salvezza dell’art. 29* poteva ragionevolmente indurre a ritenere che, ai fini della decorrenza del termine di proposizione del ricorso, non fossero necessari né l’effettuazione della comunicazione via PEC, né la “*disponibilità materiale*” della documentazione di gara, né, tanto meno, l’assolvimento di un particolare obbligo di motivazione.

Secondo una parte della dottrina, poi, questa norma, nella sua versione originaria, non poteva trovare applicazione ai fini del rito *superspeciale*, perché, letteralmente, contemplava soltanto gli “*offerenti*”: a stretto rigore, invece, gli ammessi e gli esclusi non sarebbero ancora qualificabili come “*offerenti*”, ma come semplici candidati.

Quest’ultimo argomento, tuttavia, non risultava però del tutto persuasivo, poiché, nel linguaggio delle direttive del 2014, la distinzione tra candidati e offerenti riguarda essenzialmente le diverse procedura di gara: i “candidati” sono coloro che dichiarano la loro disponibilità a partecipare ad una procedura ristretta, prima di formulare l’offerta.

Restava però l’incertezza di fondo in ordine alla possibile rilevanza di tali circostanze di fatto, ai fini della decorrenza del termine.

Va aggiunto, poi, che, nella versione dell’articolato definitivamente approvata, il Governo aveva anche espunto il riferimento (contenuto nel testo preliminare, inviato ai prescritti pareri) all'obbligo di pubblicare anche la *documentazione* relativa alle ammissioni, purché non considerata riservata.

1. **La nuova formulazione dell’art. 29 dopo il correttivo e la chiara fissazione della decorrenza del termine di proposizione del ricorso. La necessaria *motivazione* del provvedimento e i suoi requisiti minimi.**

La dottrina aveva recisamente stigmatizzato l’originaria costruzione complessiva della disciplina scaturente dal comma 2-*bis* e dall’art. 29. Il pesante onere di “*impugnazione anticipata*” del provvedimento di ammissione ed esclusione dei concorrenti risultava ulteriormente aggravato, infatti, dalla difficoltà (se non dalla impossibilità) di acquisire tempestivamente la piena consapevolezza della lesione e della violazione lamentata (si veda su *l’Amministrativista* il *Focus* di M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti al diritto di difesa introdotti dal d.lgs. n. 50 del 2016 in contrasto con il diritto eurounitario e la Costituzione[[22]](#footnote-22)*; A. G. PIETROSANTI, *Piena conoscenza, termine per impugnare ed effettività della tutela nel rito “super accelerato” ex art. 120, co. 2 bis, c.p.a*., in *federalismi.it*).

Anche il Consiglio di Stato, nel parere espresso sullo schema del decreto correttivo aveva sottolineato la rilevanza della questione.

Secondo l’organo consultivo, “*Ulteriori criticità emergono quanto alla pratica acquisibilità della piena conoscenza degli atti di ammissione ed esclusione oggetto di gravame.*

*Un intervento correttivo può in tale prospettiva intervenire sull’art. 29, codice, al fine di consentire un migliore accesso dei concorrenti agli atti di gara.*

*Occorrerebbero all’uopo una previsione sull’obbligo di motivazione dei provvedimenti di esclusione/ammissione e un’altra previsione in materia di accesso (che la stazione appaltante dovrebbe garantire in modo spedito, efficace e completo), ciò per rimediare alle critiche secondo cui il rito superaccelerato si contraddistinguerebbe, fra l’altro, per fondarsi su di un ricorso al buio di dubbia costituzionalità quanto alla tutela del diritto alla difesa.*”

La dottrina ha richiamato pure il *Considerando* n. 82 della direttiva n. 24/2014: la *direttiva ricorsi* n. 89/665/CEE del Consiglio impone “*alle amministrazioni aggiudicatrici, anche senza che i candidati o gli offerenti debbano farne richiesta, di fornire agli offerenti e ai candidati interessati una relazione sintetica dei motivi di alcune delle decisioni centrali prese nel corso di una procedura d’appalto*”.

Anche alla luce di tali indicazioni, quindi, il decreto correttivo, senza toccare l’art. 120 del CPA, ha rivisto, in parte, le disposizioni “sostanziali” in materia di trasparenza e pubblicità degli atti di gara e le ha meglio collegate alla decorrenza del termine di impugnazione

L’intervento riformatore ha inteso rafforzare il diritto di difesa dell’operatore economico, eliminando alcuni (ma non tutti) dei più vistosi limiti del rito *superspeciale*.

Le innovazioni riguardano, formalmente, l’art. 76 e l’art. 29 del codice dei contratti pubblici.

All’art. 29, comma 1, sono stati aggiunti, in fine, due periodi.

Anzitutto, si prevede che “*Entro il medesimo termine di due giorni è dato avviso ai candidati e ai concorrenti, con le modalità di cui all'articolo* [*5-*bis](http://entilocali.leggiditalia.it/#id=10LX0000167288ART96,__m=document) *del* [*decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82*](http://entilocali.leggiditalia.it/#id=10LX0000167288ART0,__m=document)*, recante il Codice dell'amministrazione digitale o strumento analogo negli altri Stati membri, di detto provvedimento, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti.*”

Questo periodo, tuttavia, riproduce, in larga misura, la previsione dell’originario art. 76, comma 3, ora soppresso, con l’importante puntualizzazione che l’avviso è indirizzato non solo agli *offerenti*, ma anche ai *candidati*. Si intende superare, così, la precedente imprecisione terminologica, la quale (come ricordato), contemplando formalmente i soli *offerenti*, poteva indurre a considerare i soggetti ammessi ed esclusi come operatori economici ancora privi della qualifica di “*offerente*”, necessaria per essere destinatari della comunicazione obbligatoria.

Per il resto, però, questo nuovo periodo risponde prevalentemente ad esigenze di tipo redazionale e formale, senza risolvere espressamente il problema della rilevanza della comunicazione ai fini della decorrenza del termine per il ricorso.

Molto più rilevante è, invece, l’altro periodo aggiunto dal decreto correttivo: “*Il termine per l'impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-*bis*, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione.*”[[23]](#footnote-23)

Gli aspetti migliorativi della disciplina sono molteplici, nonostante la persistente approssimazione del linguaggio legislativo e la sua scarsa coerenza.

Indiscutibilmente, ora, risulta chiarito (con una disposiizone destinata ad incidere anche sulla interpretazione del quadro normativo previgente, che, ai fini della decorrenza del termine di ricorso:

* il provvedimento, oltre ad essere pubblicato, già sul piano sostanziale, deve essere corredato dalla *motivazione*;
* gli atti relativi alla procedura devono essere resi *disponibili* agli interessati;
* la decorrenza del termine è in ogni caso subordinata alla concreta disponibilità della documentazione[[24]](#footnote-24).

Il primo elemento innovativo di sicura evidenza riguarda il riferimento esplicito alla necessaria *motivazione* del provvedimento.

Tuttavia, la norma non chiarisce ancora, nel dettaglio, quale sia il contenuto minimo indispensabile del provvedimento.

Già prima del decreto correttivo la dottrina più attenta aveva sostenuto che il provvedimento dovesse contenere una motivazione e che, in mancanza, il termine per il ricorso non potesse iniziare a decorrere.

Verso questa conclusione si osservava che il comma 2-*bis* attribuisce una *valenza provvedimentale* all’atto recante le ammissioni ed esclusioni, così da imporgli il rispetto dell’obbligo motivazionale ex art. 3 della l. 241/90. L’atto costituisce l’esito della “*valutazione*” dei requisiti, lasciando intendere che soltanto essa rappresenti la motivazione da esternare ai fini della decorrenza del termine per ricorrere. La mera *lista* degli ammessi ed esclusi, pertanto, non rispetterebbe il contenuto ontologico di una vera e propria *valutazione*.

Ora, l’obbligo della motivazione è indiscutibilmente sancita al livello legislativo.

Peraltro, la portata motivazionale del provvedimento potrebbe variare sensibilmente a seconda del suo contenuto “ammissivo” o “escludente”. Mentre, infatti, la motivazione dell’esclusione può facilmente soddisfare l’esigenza conoscitiva, quella riguardante l’ammissione non è quasi mai in grado di appagare, da sola, il bisogno cognitivo dei concorrenti in quanto – salvo casi particolari – l’amministrazione si limita a decretare genericamente il buon esito della “*valutazione*” sui requisiti, basata sul mero riscontro delle autodichiarazioni.

1. **La “disponibilità” degli atti di gara. Il riferimento a tutta la documentazione acquisita nel procedimento. La *disponibilità* intesa come accessibilità dei documenti.**

La prescrizione relativa alla “*concreta disponibilità*” degli *atti* del procedimento, nonostante la sua imprecisione linguistica, riguarda, sul piano oggettivo, l’intera *documentazione* degli atti di gara.

La formulazione, intesa letteralmente, potrebbe essere intesa in senso restrittivo, poiché la “*motivazione*” (riferita agli atti da rendere “disponibili”) costituisce, evidentemente, un elemento dei soli provvedimenti. Ma è palese che l’esigenza di conoscibilità, proiettata verso la proposizione eventuale del ricorso, deve estendersi, nel suo complesso, alla documentazione acquisita al procedimento, con precipuo riguardo ai documenti versati dai partecipanti alla selezione.

Va però stabilito, con maggiore precisione, a quali condizioni possa ritenersi integrato il requisito della “*concreta disponibilità*” di tali atti.

Il sostantivo *disponibilità* farebbe pensare alla mera *conoscibilità*, mentre l’aggettivo “*concreta*” si connette ad una effettiva conoscenza degli atti.

Una ragionevole interpretazione della norma induce a ritenere che la stessa intenda chiarire gli effetti derivanti dalla incompleta pubblicazione e accessibilità informatica dei documenti. In tali casi, l’operatore economico deve essere agevolmente posto in condizione di acquisire cognizione dei documenti.

Altrimenti, se il provvedimento risulta correttamente pubblicato e, quindi, perfettamente conoscibile dal concorrente, non si comprenderebbe, infatti, che cosa debba implicare la circostanza che esso sia *“reso in concreto disponibili*”.

In ogni caso, la disponibilità degli atti va intesa nei termini tecnici di un’immediata “*accessibilità*”, che metta il concorrente nelle condizioni di poter concretamente conoscere tutti gli aspetti rilevanti ai fini della formulazione di un ricorso tempestivo.

È allora ragionevole stabilire un’assimilazione tra l’aggettivo “*disponibili*,” usato espressamente dal legislatore, ma dal significato non univoco, e il sinonimo “*accessibili*”, avente, invece, una specifica valenza tecnica.

Va poi rimarcato che nell’art. 29, pur dopo la sua modifica, manca tuttora qualsiasi disposizione di salvezza del requisito della *piena conoscenza*, come possibile succedaneo degli adempimenti in tema di trasparenza degli atti di gara.

Parte della dottrina ritiene che il riferimento alla “*disponibilità in concreto*” e l'introduzione di uno specifico obbligo di motivare anche gli “atti” di ammissione, opportunamente introdotti dal “correttivo”, garantiscano, non solo un accesso informale e immediato agli atti su cui basa la verifica compiuta dalla stazione appaltante sui titoli di gara, ma anche l'individuazione di un termine certo per la proposizione del ricorso, la cui decorrenza è inscindibilmente agganciata alla effettiva possibilità della materiale presa visione dei suddetti atti, provvisti di motivazione.

Tale aggiunta impedisce, evidentemente, che il termine per impugnare possa decorrere dal momento della pubblicazione del mero elenco degli ammessi esclusi, collegandolo invece a una formale esternazione della stazione appaltante sull'esito della *verifica* compiuta sui suddetti titoli.

Dalla chiara formulazione della disposizione sembra quindi potersi ricavare che qualora la stazione appaltante si sia limitata alla pubblicazione di un *mero elenco*, del tutto provvisorio, riservandosi di dar conto solo successivamente delle ragioni sottese alle esclusioni e alle ammissioni, il termine per impugnare non possa decorrere da tale pubblicazione, ma debba slittare fino a quella della relativa motivazione.

1. **La comunicazione delle “esclusioni” previste dall’art. 76 e il coordinamento con la previsione dell’art. 29. Le due norme riguardano differenti ambiti applicativi.**

Le regole contenute nell’art. 29, peraltro, non risultano adeguatamente coordinate con la disciplina delle *comunicazioni* previste dall’art. 76, il quale fa riferimento, fra l’altro, alle determinazioni riguardanti le *esclusioni* delle offerte e delle candidature. L’intervento correttivo ha svolto solo piccole modifiche di tale articolo, senza sciogliere i dubbi di fondo circa il loro rapporto con l’art. 29 e con il rito *superspeciale*.

In base all’art. 76, comma 2:

“*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;*”

Secondo l’art. 76, comma 5, poi: “*5. Le stazioni appaltanti comunicano* d'ufficio *immediatamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni:*

*(…)*

*b)* l'esclusione *ai candidati e agli offerenti esclusi;*”[[25]](#footnote-25).

Il difetto di coordinamento riguarda la circostanza che la norma prevede, distintamente:

a) una comunicazione *di ufficio* dell’esclusione dell’offerente o del candidato, senza, però, la necessità di precisare la sua motivazione;

b) una comunicazione *su richiesta* del candidato o dell’offerente, che deve contenere anche la motivazione della decisione assunta dalla stazione appaltante.

Tale disciplina intende recepire le puntuali previsioni delle direttive del 2014, che si occupano soltanto delle *esclusioni*, senza regolare l’evenienza delle *ammissioni*, trascurando, poi, l’esistenza della disciplina di cui all’art. 29.

La disposizione rischia, allora, di creare ulteriori dubbi interpretativi, per quanto riguarda l’esatta individuazione del termine per ricorrere contro gli atti di esclusione. Ci si potrebbe infatti chiedere se il termine per ricorrere decorra dal momento in cui gli atti sottesi all’*esclusione* siano concretamente disponibili per il soggetto interessato, ovvero dal momento della pubblicazione o comunicazione del provvedimento di esclusione, oppure ancora dalla comunicazione “postuma” dei motivi di esclusione sulla base di una richiesta dell’interessato che, peraltro, non viene sottoposta ad alcun limite temporale.

La soluzione più ragionevole dovrebbe essere nel senso di ritenere che la decorrenza del termine di proposizione del ricorso di cui al comma 2-*bis* debba essere ancorata esclusivamente alla congiunta sussistenza dei soli presupposti indicati da questa disposizione e dall’art. 29. Le comunicazioni di cui all’art. 76 non sono idonee né a riaprire i termini di impugnazione, né a fungere da succedaneo al mancato rispetto degli adempimenti prescritti dalla disposizione.

L’ambito di applicazione delle previsioni di cui all’art. 76, quindi, sembra circoscritto ai soli casi di *esclusione* per ragioni diverse da quelle indicate dal comma 2-*bis*, quali, ad esempio, l’anomalia o l’inidoneità tecnica dell’offerta[[26]](#footnote-26).

Più in generale, del resto, va registrata l’assenza di regole esplicite (nel codice o in eventuali linee guida dell’ANAC), dirette a chiarire le modalità di sviluppo del procedimento. Colpisce al riguardo la circostanza che l’art. 32 del CCP, nel definire le *fasi* delle procedure di affidamento, riproduce, nella sostanza, la dizione del vecchio codice del 2006, omettendo qualsiasi riferimento al nuovo autonomo segmento dedicato alle ammissioni ed esclusioni, culminante in un separato “provvedimento”.

Resta poi poco chiaro il rapporto tra i diversi momenti in cui la stazione appaltante ha il potere (in alcuni casi il dovere) di controllare le condizioni di partecipazione degli operatori concorrenti.

1. **La fattispecie complessa della decorrenza del termine di ricorso: certezza dei rapporti giuridici e di effettiva garanzia del diritto di difesa. La *piena conoscenza* acquisita in sede di gara o mediante notizia informale del provvedimento non costituisce surrogato della incompletezza degli inadempimenti legali.**

Allo stato attuale, quindi, ai fini della decorrenza del termine per la proposizione del ricorso di cui al comma 2-*bis*, integrato dall’art. 29 del codice n. 50/2016, stando al contenuto letterale delle due disposizioni, occorre, adesso, la congiunta esistenza dei seguenti elementi:

1. il provvedimento recante le esclusioni e le ammissioni deve essere *motivato*;
2. adeguatamente *pubblicato*;
3. *comunicato* all’operatore economico interessato secondo le modalità formali descritte, ora, dall’art. 29;
4. accompagnato dalla effettiva *disponibilità* della documentazione di gara, realizzata attraverso l’indicazione delle modalità di accesso, anche informatico, alla documentazione.

A quest’ultimo proposito, si deve distinguere l’ipotesi di immediata accessibilità informatica di tutta la documentazione di gara, da quella in cui la documentazione sia, in tutto o in parte, accessibile solo “fisicamente”.

Nella prima ipotesi, la decorrenza inizia dalla data in cui la comunicazione perviene al destinatario. Nel secondo caso, invece, la decorrenza deve riferirsi alla data iniziale a partire dalla quale l’ufficio è “*concretamente*” in grado di soddisfare la richiesta di accesso.

Ricostruita in questo modo, la norma avrebbe lo scopo di chiarire, con la massima sicurezza, il momento di decorrenza del termine per l’impugnazione, onerando l’amministrazione di alcuni precisi adempimenti.

La *ratio* della disposizione, quindi, appare quella di coniugare la pienezza del diritto di difesa con la sicurezza dei rapporti giuridici. Non è però univoca la sua concreta interpretazione e applicazione.

Si tratta di verificare, fra l’altro, se la “*piena conoscenza*” dell’atto, secondo la complessa elaborazione svolta in generale dalla giurisprudenza amministrativa, possa risultare idonea a surrogare la mancanza di uno (se non di tutti) gli indicati requisiti, eventualmente solo in presenza di particolari condizioni o, quanto meno, in relazione alla impugnazione della propria esclusione.

Il problema potrebbe assumere maggiore complessità, considerando che la carenza della motivazione riguarda, a ben vedere, un aspetto sostanziale dell’atto: la motivazione potrebbe essere considerata, infatti, come requisito di validità (relativo alla annullabilità, o secondo una tesi estrema, alla nullità) del provvedimento, non incidente, a stretto rigore, sulla decorrenza del termine.

1. **Il problema della *piena conoscenza* quale presupposto alternativo alla corretta pubblicazione del provvedimento, per la decorrenza del termine di impugnazione. L’evoluzione della giurisprudenza verso la massima garanzia del diritto di difesa.**

Occorre, allora, svolgere, intanto, un esame più analitico della specifica questione riguardante la possibile rilevanza della “*piena conoscenza*” dei provvedimenti, ai fini della decorrenza del termine di impugnazione nel rito *superspeciale*, quale presupposto alternativo alla effettuazione degli adempimenti previsti dalla disciplina positiva.

In sintesi, va chiarito:

1. A quali condizioni possa ritenersi integrato il requisito della “*piena conoscenza*” dei provvedimenti adottati nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici;
2. Se, e in base a quali presupposti, la riconosciuta “piena conoscenza” possa eventualmente “sostituire” i meccanismi di pubblicità, comunicazione, adeguata motivazione, e concreta disponibilità degli atti, imposti dalla disciplina del codice.

Senza entrare nel dettaglio di una complessa casistica della giurisprudenza, si deve evidenziare una tendenza volta a riconoscere senz’altro, in linea di principio, la rilevanza della *piena conoscenza* dell’atto lesivo, anche nel rito appalti “generico”, di cui all’art. 120, in conformità, del resto, alla esplicita previsione del comma 5, ma con una progressiva limitazione del suo concreto campo di applicazione, avvenuta in più direzioni.

Il caso più ripetutamente emerso in sede contenziosa riguarda gli effetti della partecipazione dei rappresentanti degli operatori economici concorrenti alle sedute del seggio di gara.

Come è noto, per una parte della giurisprudenza, espressiva della tesi più tradizionale e risalente nel tempo, la piena conoscenza dell'atto censurato si concretizza con la cognizione dei soli *elementi essenziali*, quali l'autorità emanante, l'oggetto, il contenuto dispositivo sicché da tale momento si manifesta il suo effetto lesivo, essendo tali elementi sufficienti a rendere l'operatore consapevole dell'incidenza dell'atto nella sua sfera giuridica, avendo egli la concreta possibilità di rendersi conto della lesività del provvedimento, senza che sia necessaria la compiuta conoscenza della motivazione e degli atti del procedimento, che può rilevare solo ai fini della proposizione dei motivi aggiunti (Cons. St., Sez. IV, 26 gennaio 2010, n. 292).

Secondo un diverso e prevalente orientamento, riferito già al codice del 2006, invece, il termine di impugnazione può iniziare a decorrere soltanto dalla conoscenza della *motivazione*. Ai fini dell'individuazione del *dies a quo* per la proposizione di un ricorso avverso gli atti di una gara pubblica, gli artt. 120 c.p.a. e 79 del Codice del 2006 danno rilievo alla comunicazione di cui allo stesso art. 79, sicché, in caso di comunicazione incompleta, bisogna aver riguardo, ai fini della decorrenza del citato termine, alla conoscenza, comunque acquisita, degli elementi oggetto della stessa, che devono comprendere, necessariamente, l’indicazione delle ragioni poste a base del provvedimento (Cons. St., Sez. V, 21 giugno 2017, n. 3040; Cons. St., Sez. III, 7 gennaio 2015, n. 25; Cons. St.,Sez. V, 31 gennaio 2012, n. 467; Cons. St., Sez. V, 16 settembre 2011, n. 5191; Corte giust. UE, Sez. V, 8 maggio 2014, C-161/13).

Sempre con riferimento alla disciplina contenuta nel codice dei contratti del 2006, è stato specificato che alla conoscenza effettiva della motivazione deve essere pienamente equiparata la concreta conoscibilità dell’atto e della documentazione di gara, realizzabile, in ogni caso, attraverso l’istituto dell’accesso immediato e informale.

Pertanto, a fronte di una comunicazione incompleta, perché *carente di motivazione*, il *dies a quo* inizia comunque a decorrere il decimo giorno successivo alla stessa comunicazione (termine dell’accesso informale di cui al comma 5-*quater* dell'art. 79), o, se avvenuto in un momento precedente, dalla data dell'effettivo esperimento del diritto di accesso e quindi della conoscenza effettiva della motivazione (TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 6 ottobre 2017, n. 1909; Cons. St., Sez. V, 27 aprile 2017, n. 1953; Id., 13 febbraio 2017, n. 592; Cons. St., Sez. III, 21 marzo 2016, n. 1143,TAR Sicilia, Catania, Sez. III, 7 novembre 2013, n. 2682; Cons. St., Sez. III, 21 marzo 2016, n. 1143, Cons. St., sez. III, 7 gennaio 2015, n. 25; CGA, 8 settembre 2014, n. 526; Cons. St., Sez. III, 28 agosto 2014, n. 4432).

[Cons. St., Sez. V, 21 giugno 2017, n. 3040](https://www.iusexplorer.it/document?id=5383142_0_1_SAU018D21M06Y2017N000003040S05&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwQSsk-LHuadvLcRWXGmrLaPavNGK-Abow.*AAJTSQACMDMAAlNLABQtNTIwMjk2ODQ4NTQ2ODczNjM5OAACUzEAAjAy*), ha stabilito che qualora la stazione appaltante si limiti a comunicare al concorrente che la sua offerta non è stata accolta, sul concorrente non grava alcun onere di impugnare immediatamente il relativo provvedimento, dal momento che la lesività dello stesso è subordinata all'indicazione delle *motivazioni* e del procedimento seguito dall'Amministrazione.

La giurisprudenza ha dimostrato forte attenzione al presupposto della *conoscibilità* effettiva degli atti e della documentazione di gara, stabilendo che quando sia positivamente accertata l’impossibilità di visionare la documentazione, il termine di impugnazione non può iniziare a decorrere. Si è così precisato che in caso di *rifiuto illegittimo all'accesso*, il termine per la proposizione del ricorso avverso il provvedimento lesivo non inizia a decorrere, gli atti non visionati non si consolidano e non spira il termine per l'impugnazione (così TAR Lazio, Roma, Sez. II-ter, 30 marzo 2017, n. 4054). In tali eventualità, però, è onere della parte interessata reagire tempestivamente contro il *rifiuto di accesso*, proponendo le azioni dirette a contestarne la legittimità.

Anche per [Cons. St., Sez. III, 5 settembre 2017, n. 4193](https://www.iusexplorer.it/document?id=6267262_0_1_SAU018D05M09Y2017N000004193S03&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwQSsk-LHuadvLcRWXGmrLaPavNGK-Abow.*AAJTSQACMDMAAlNLABQtNTIwMjk2ODQ4NTQ2ODczNjM5OAACUzEAAjAy*) la *mera pubblicazione* del verbale della seduta di attribuzione dei punteggi alle offerte non costituisce un indice probatorio univoco di *effettiva conoscenza* dell'aggiudicazione, sicché, in assenza di ulteriore prova che la parte abbia ottenuto conoscenza dell'atto in un'epoca precedente, il termine per l'impugnazione decorre soltanto dalla ricezione della comunicazione di cui all'[art. 79 del Codice del 2006](https://www.iusexplorer.it/document?id=3948605_20131942_1_DLT_____20060412000000000000163A0079S00&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwQSsk-LHuadvLcRWXGmrLaPavNGK-Abow.*AAJTSQACMDMAAlNLABQtNTIwMjk2ODQ4NTQ2ODczNjM5OAACUzEAAjAy*).

Parimenti, per Consiglio di Stato, sez. III, 20 marzo 2018, n. 1765, “*l'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. espressamente collega il decorso del termine per impugnare i provvedimenti di ammissione e di esclusione alle procedure di gara, alla pubblicazione dei relativi verbali sul profilo del committente, ai sensi dell'art. 29, comma 1, d.lg. 18 aprile 2016, n. 50*”.

1. **L’efficacia equivalente della piena conoscenza potrebbe essere riconosciuta nel solo caso in cui un operatore economico impugni la propria esclusione? L’eterogeneità delle determinazioni racchiuse nel provvedimento conclusivo della fase di valutazione dei requisiti morali, tecnici ed economici.**

Va poi segnalato un interessante orientamento giurisprudenziale, il quale, seppur non pienamente consolidato, merita di essere considerato con riferimento alla sua dirette influenza sul tema specifico del rito superspeciale, relativo alla impugnazione delle ammissioni o delle esclusioni degli altri concorrenti.

Secondo [Cons. St., Sez. III, 14 giugno 2017, n. 2925](https://www.iusexplorer.it/document?id=5377373_0_1_SAU018D14M06Y2017N000002925S03&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwQSsk-LHuadvLcRWXGmrLaPavNGK-Abow.*AAJTSQACMDMAAlNLABQtNTIwMjk2ODQ4NTQ2ODczNjM5OAACUzEAAjAy*), l'indirizzo interpretativo che collega la decorrenza del termine di impugnazione alla presenza del rappresentante dell'impresa alla seduta di gara si riferisce esclusivamente all'ipotesi in cui l’impresa concorrente impugna il provvedimento riguardante la *propria* esclusione, poiché solo in tale circostanza la parte ha, sin da tale momento, la piena conoscenza della lesività dell’atto e della sua illegittimità, acquisita attraverso la valutazione della documentazione prodotta dalla stessa concorrente ai fini della partecipazione alla procedura.

La sentenza precisa espressamente che, al contrario, il principio della piena conoscenza, desumibile dalla presenza del concorrente alla seduta pubblica del seggio di gara, non è comunque applicabile qualora il ricorrente intenda contestare altri aspetti della procedura di gara che richiedono la conoscenza di atti e documenti non conosciuti al momento in cui il seggio di gara abbia espresso le proprie valutazioni (ad esempio sulle ammissioni di altri concorrenti, sull'attribuzione dei punteggi all'offerta tecnica).

Infatti, secondo la pronuncia, in tali circostanze la parte interessata, seppure presente con il proprio rappresentante alla seduta di gara, non avendo alcuna consapevolezza dell’intero sviluppo del procedimento selettivo, non ha ancora quel grado di conoscenza sufficiente delle possibili illegittimità della procedura necessaria ai fini della proposizione del ricorso.

La pronuncia, quindi, pur applicando i principi generali riguardanti gli effetti della piena conoscenza, isola nettamente il caso del ricorso proposto dall’operatore economico avverso la *propria esclusione* dalle diverse ipotesi di impugnazione di altri atti della procedura, tra i quali vanno annoverati l’aggiudicazione e, per analoghe ragioni sistematiche, le determinazioni riguardanti le ammissioni e le esclusioni degli altri concorrenti.

È indubbio, infatti, che, anche prescindendo dal carattere immediatamente lesivo dell’esclusione (pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza già prima dell’introduzione del rito di cui al comma 2-*bis*), l’operatore economico è normalmente in possesso di tutti gli elementi di conoscenza necessari per contestare la propria esclusione. La stessa situazione non si riscontra, invece, con riguardo ad altri aspetti della procedura di gara.

Si deve sottolineare, del resto, che nel rito di cui al comma 2-*bis* si collocano tre casi sostanziali molto diversi, riguardanti l’impugnazione dei seguenti atti:

1. L’esclusione dello stesso ricorrente;
2. L’esclusione di altri concorrenti (si tratta di ipotesi tutt’altro che astratta, perché la corretta definizione della platea dei concorrenti ha effetti sulla determinazione delle medie e sulle modalità di attribuzione dei punteggi);
3. L’ammissione di altri concorrenti.

La diversità delle tre ipotesi riguarda non solo il tema generale della giustificazione del rito superspeciale e della previsione dell’onere di immediata impugnazione, ma riguarda anche il diverso grado di concreta conoscibilità della lesione e della sua motivazione.

Infatti:

1. nel primo caso, il concorrente è, di solito, in grado di conoscere perfettamente le ragioni della esclusione, la documentazione versata alla stazione appaltante e tutti i presupposti sostanziali riferiti alla reale sussistenza dei requisiti di partecipazione;
2. nel secondo caso, l’esclusione di altri concorrenti è accompagnata, di regola, alla puntuale individuazione dei requisiti carenti, anche se la relativa documentazione potrebbe risultare non pienamente conoscibile;
3. nel terzo caso, infine, il provvedimento di ammissione degli altri concorrenti è solitamente privo di qualsiasi supporto motivazionale e non è accompagnato da tutta la documentazione comprovante il possesso dei requisiti.

Il legislatore non sembra tenere conto delle notevoli differenze intercorrenti fra i tre casi illustrati, che risultano assoggettati ad una identica disciplina.

1. **La giurisprudenza successiva all’entrata in vigore del nuovo codice n. 50/2016. La decorrenza del termine nel *rito “generico” appalti* di cui all’art. 120. Il contenuto minimo della comunicazione. L’individuazione dell’atto conclusivo della procedura di affidamento.**

Nel vigore del nuovo codice dei contratti, la giurisprudenza conferma e rafforza il proprio indirizzo *garantista*: la decorrenza del termine di proposizione del ricorso, per tutte le controversie di cui all’art. 120 del CPA, deve essere sempre ancorata ad una *effettiva conoscenza*, o a una ragionevole conoscibilità della violazione e della sua portata lesiva.

1. Le comunicazioni di cui all’art. 76, per produrre l’effetto legale della *conoscibilità* dell’atto, devono avere un contenuto *minimo* idoneo a descrivere chiaramente le ragioni della determinazione adottata dalla stazione appaltante. In tal senso, secondo TAR Lazio, Roma, Sez. V, 5 gennaio 2018, n. 107, il termine per ricorrere contro l'aggiudicazione definitiva decorre dalla comunicazione di cui all'art. 76, comma 5, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016 «*soltanto di fronte ad una comunicazione della stazione appaltante che in termini chiari e univoci, risulti idonea a portare a conoscenza della destinataria l'aggiudicazione definitiva dell'appalto*».
2. La *piena conoscenza* del provvedimento lesivo, acquisita attraverso canali diversi dalla comunicazione di cui all’art. 76, può realizzarsi soltanto in eventualità circoscritte.

Al riguardo, qualche pronuncia ha seguito ancora il vecchio indirizzo secondo il quale, ai fini della decorrenza dei termini di impugnazione dei provvedimenti relativi alla procedura di gara, assume rilevanza l'effettiva piena conoscenza dei provvedimenti stessi, ancorché sia acquisita in fase di seduta pubblica o in un'altra circostanza su comunicazione della commissione giudicatrice o del RUP ([TAR Abruzzo, sede de L'Aquila, 30 maggio 2017, n. 241](https://www.iusexplorer.it/document?id=5376433_0_1_SAU025D30M05Y2017N000000241S01RABC67100&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwQSsk-LHuadvLcRWXGmrLaPavNGK-Abow.*AAJTSQACMDMAAlNLABQtNTIwMjk2ODQ4NTQ2ODczNjM5OAACUzEAAjAy*)).

Ma, all’opposto, è diventata prevalente la linea interpretativa che esclude, in radice, l’idoneità della presenza dell’impresa alla seduta di gara per integrare il requisito della “piena conoscenza” ([TAR Veneto, Sez. III, 20 giugno 2017, n. 584](https://www.iusexplorer.it/document?id=5385217_0_1_SAU025D20M06Y2017N000000584S03RVEC30100&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwQSsk-LHuadvLcRWXGmrLaPavNGK-Abow.*AAJTSQACMDMAAlNLABQtNTIwMjk2ODQ4NTQ2ODczNjM5OAACUzEAAjAy*)).

In questo senso, si è indicato anche un nuovo argomento (aggiuntivo rispetto a quelli più risalenti), teso a valorizzare quanto disposto dall'[art. 32, comma 5,](https://www.iusexplorer.it/document?id=4977851_29881108_1_DLT_____20160418000000000000050A0032S00&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwADcd6NWIqTvVxgK5CiEpJPiI_84l4FAA.*AAJTSQACMDMAAlNLABM3NDA2MjA3ODUwMDg2OTcwNTI1AAJTMQACMDI.*) del nuovo codice. La norma attribuisce esclusivamente “*alla stazione appaltante*” la competenza ad aggiudicare la gara[[27]](#footnote-27). Pertanto, i termini per l'impugnazione possono collegarsi esclusivamente alla piena conoscenza dell'aggiudicazione disposta dalla stazione appaltante, a nulla rilevando la previa notizia, acquisita nella seduta di gara, delle determinazioni assunte dalla commissione giudicatrice.

Secondo il TAR, prima della effettiva assunzione della determinazione dell'ente aggiudicatore, non esiste ancora un “*atto conclusivo*” della procedura di gara, sicché non può in alcun modo ipotizzarsi la decorrenza del termine di impugnazione. La soluzione interpretativa proposta coglie con chiarezza un aspetto essenziale della problematica, costituito dalla necessità di definire con la massima precisione il rapporto tra le diverse fasi sostanziali della procedura di affidamento.

Anche il TAR Sardegna, Sez. I, 20 gennaio 2017, n. 36, facendo leva sull’importanza dei motivi ai fini della piena conoscenza, ha precisato che l’impossibilità di far scattare il termine d’impugnazione *ex* art. 120 comma 2-*bis* al momento della seduta di gara, “*oltre a coordinarsi armonicamente con il nucleo sostanziale di principi da tempo affermati in giurisprudenza relativamente all’art. 79 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 si attaglia vieppiù al rito speciale ora in esame, caratterizzato da un regime impugnatorio evidentemente anticipato e da un termine per ricorrere particolarmente breve*”, nell’ambito di una disciplina in cui “*emerge chiaramente … l’intento del legislatore di assicurare degli efficaci sistemi di piena conoscenza degli atti, anche ai fini di una loro ponderata impugnazione*”.

Ancora, per Tar Napoli, sez. IV, 28 agosto 2018, n. 5292, nella materia degli appalti, l’applicabilità del principio della piena conoscenza ai fini della decorrenza del termine di impugnazione, presuppone un particolare rigore nell’accertamento della sussistenza di tale requisito; si deve tener conto, infatti, sia della specialità della normativa dettata dall’art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., sia dei presupposti cui il legislatore ha ricondotto la decorrenza del termine per l’impugnazione: in base al comma 2 bis dell’art. 120 c.p.a., infatti, il termine inizia a decorrere solo dopo la pubblicazione, ex art. 29, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, della determinazione sulle ammissioni/esclusioni dei concorrenti, pubblicazione che assicura la piena ed effettiva conoscenza degli atti di gara; da ciò consegue che il principio della piena conoscenza acquisita *aliunde* può applicarsi solo ove vi sia una concreta prova dell’effettiva conoscenza degli atti di gara, acquisita in data anteriore alla pubblicazione o comunicazione degli atti della procedura medesima.

Secondo tale pronuncia, l’onere di ordinaria di diligenza nell’acquisire la documentazione da parte del soggetto interessato all’impugnazione della procedura non può prevalere sugli obblighi imposti appositamente dal legislatore in capo alla stazione appaltante. Pertanto, la comunicazione “ufficiale” in seduta pubblica delle imprese le cui offerte sono ammesse al prosieguo della procedura non può sortire l’effetto di surrogare tale avviso agli incombenti di cui all’art. 29, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, pur se avvenuta alla presenza dei rappresentanti dell’impresa che successivamente agisce in giudizio, anche in ragione del fatto che se dalla irrituale enunciazione resa in sede di seduta di gara si facesse derivare in capo alle concorrenti l’onere di accedere agli atti della procedura per procedere alla contestazione del provvedimento di ammissione (o di esclusione), si finirebbe con l’eludere il sistema disegnato dalla norma che impone alla Stazione appaltante di rendere disponibili, come descritto, i relativi atti.

1. **Il provvedimento definitivo di ammissione dell’aggiudicatario e degli altri concorrenti, adottato all’esito di un nuovo *subprocedimento di verifica e di comprova* dei requisiti dichiarati. La diversità strutturale e funzionale dal *provvedimento che determina le ammissioni e le esclusioni*. La decorrenza del termine di ricorso e l’inapplicabilità del *minirito* di cui al comma 2-*bis*.**

La giurisprudenza, poi, ha messo in evidenza un punto particolarmente delicato, riguardante la decorrenza del termine di proposizione del ricorso avverso l’ammissione dell’operatore risultato aggiudicatario.

Il tema si interseca con quello dello stesso ambito di applicazione del rito *superspeciale*, direttamente collegato allo sviluppo procedimentale della gara.

Nella disciplina sostanziale del procedimento, infatti, la fase relativa all’ammissione dei concorrenti è solitamente caratterizzata da un riscontro meramente estrinseco della documentazione allegata dai concorrenti, normalmente consistente in mere autodichiarazioni.

Ora, è astrattamente plausibile che da tali atti, se resi concretamente disponibili, secondo il meccanismo descritto dall’art. 29, sia già desumibile la carenza dei requisiti generali di ammissione alla gara.

Ma è assai più probabile che le eventuali ragioni di esclusione possano emergere solo nella successiva *fase di verifica e di comprova* effettuata dalla stazione appaltante sull’aggiudicatario, in conformità alle previsioni dell’art. 32 del codice dei contratti pubblici.

In tali eventualità, sarebbe del tutto irragionevole e limitativo del diritto di difesa precludere al concorrente interessato la facoltà di proporre un ricorso contro l’aggiudicazione, diretto a far valere la carenza dei requisiti di ammissione dell’aggiudicatario emersi dopo l’effettuazione di una nuova e più completa istruttoria, conclusa con un nuovo provveedimento.

Diverse decisioni dei TAR hanno seguito la tesi più favorevole alla piena esplicazione del diritto ad un ricorso efficace, valorizzando, al tempo stesso, due distinti argomenti:

1. L’autonomia del nuovo provvedimento di aggiudicazione, che, basandosi su una rinnovata istruttoria e su una nuova motivazione, *sostituisce*, in parte, il precedente atto generico recante le amissioni e le esclusioni;
2. l’assenza dei presupposti oggettivi necessari per l’immediata impugnazione del provvedimento di cui al comma 2-*bis*, dal momento che la sua motivazione e la correlata documentazione sono emersi solo in seguito all’aggiudicazione, pronunciata all’esito di un apposito procedimento di verifica.

In questo senso, per il [TAR Lazio, Roma, Sez. II - ter, 23 febbraio 2018, n. 2108](https://www.iusexplorer.it/document?id=7321717_0_1_SAU025D23M02Y2018N000002108S02RLAC00100&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwQSsk-LHuadvLcRWXGmrLaPavNGK-Abow.*AAJTSQACMDMAAlNLABQtNTIwMjk2ODQ4NTQ2ODczNjM5OAACUzEAAjAy*), qualora l'ammissione alla gara avvenga all'esito di un vero e proprio “*subprocedimento di verifica*” dei requisiti in capo all'operatore economico, durante il quale la stazione appaltante abbia interloquito con i concorrenti, tale istruttoria deve essere riportata nella motivazione degli atti di ammissione, dovendosi ritenere altrimenti non assolti gli obblighi di pubblicità dell'[art. 29, comma 1, D.Lgs. n. 50 del 2016](https://www.iusexplorer.it/document?id=4977851_29881105_1_DLT_____20160418000000000000050A0029S00&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwADcd6NWIqTvVxgK5CiEpJPiI_84l4FAA.*AAJTSQACMDMAAlNLABM3NDA2MjA3ODUwMDg2OTcwNTI1AAJTMQACMDI.*) come modificato dal “correttivo”.

Nella specie, il TAR ha precisato che la stazione appaltante avrebbe dovuto provvedere alla pubblicazione dei verbali delle sedute riservate recanti “*la genesi e lo sviluppo dell'interlocuzione intercorsa*” con l'operatore economico, all'esito della quale si è addivenuti alla sua ammissione e che, non avendo provveduto in tal senso, il termine per impugnare tali atti decorre solo dall'effettiva conoscenza della suddetta istruttoria, ottenuta al momento dell'accesso agli atti, effettuato successivamente alla comunicazione dell'aggiudicazione.

Analogamente, TAR Veneto, Sez. I, 7 marzo 2018, n. 257, pur confermando il proprio indirizzo secondo cui, in linea di massima, il termine per impugnare le ammissioni e le esclusioni dalla gara decorre dalla seduta pubblica, in cui siano presenti i rappresentanti delle imprese concorrenti, ha tuttavia precisato che sono tempestivi i motivi di ricorso, proposti solo al momento dell'impugnazione dell'aggiudicazione, in cui il ricorrente faccia valere vizi riferiti al mancato possesso effettivo dei requisiti speciali dichiarati nella domanda di partecipazione, emersi solo in sede di “*comprova e verifica*” successiva all'aggiudicazione.

Anche il Tar Lombardia, Sez. I, 2 luglio 2018, n. 1638, ha opportunamente distinto i casi in cui le possibili ragioni di illegittimità della ammissione dell’operatore economico risultato aggiudicatario non siano in alcun modo percepibili dalla documentazione versata in atti, anche ritualmente, ma dipendano dagli esiti del successivo *subprocedimento di verifica* dei requisiti di partecipazione.

Secondo tale pronuncia, l’onere di immediata impugnazione delle ammissioni alle gare si applica ai soli profili di inammissibilità della partecipazione di immediata percezione evidenziabili nella fase iniziale della gara, mentre non è riferibile alle ipotesi di inammissibilità che non emergono dall’esame documentale delle domande di partecipazione e delle dichiarazioni ad esse inerenti, ma che presuppongono un’attività di verifica.

Per il TAR la norma delinea un *rito ultraveloce*, che impone l’immediata contestazione dei profili di inammissibilità della partecipazione evidenziabili nella fase iniziale della gara, perché direttamente relativi alla *produzione in sé* di dichiarazioni o al contenuto di esse relative ai requisiti di capacità necessari per essere ammessi alla procedura. Ne restano estranei, invece, i profili di inammissibilità che emergono in una fase della procedura successiva a quella di apertura delle buste, ossia quelli che attengono al momento in cui l’amministrazione, una volta effettuato il controllo documentale della presenza delle dichiarazioni relative al possesso dei requisiti, procede alla loro verifica in concreto.

Secondo la pronuncia, tali conclusioni sono rafforzate dai principi in materia di processo amministrativo, e in particolare dall’art. 34, comma 2, CPA, il quale prevede che “*in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*”. Nei giudizi introdotti ai sensi dell’art. 120, comma 2-*bis*, sono ammissibili solo le censure che afferiscono ai poteri già esercitati dalla stazione appaltante, tra i quali non è possibile comprendere quello diretto alla verifica dell’effettivo possesso dei requisiti soggettivi di capacità dichiarati dal concorrente al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara[[28]](#footnote-28).

1. **I diversi indirizzi giurisprudenziali riferiti alla decorrenza del termine nel rito *superspeciale*: la *pubblicazione* del provvedimento è condizione necessaria e sufficiente per la decorrenza del termine di impugnazione? Verso una lettura prevalentemente garantista della disciplina positiva.**

La giurisprudenza ha ripetutamente messo in luce le criticità applicative della disciplina riguardante la decorrenza del termine di proposizione del ricorso, di cui al comma 2-*bis*, approdando ad esiti interpretativi tutt’altro che omogenei, anche in funzione delle diverse fattispecie di volta in volta considerate.

Si sono contrapposte soluzioni volte a favorire la certezza dei rapporti giuridici a una tesi maggiormente “garantista”. Quest’ultimo indirizzo risulta ora prevalente e avallato dalla più recente giurisprudenza, ma il panorama resta ancora vario e articolato.

In sintesi:

1. Per un primo orientamento interpretativo, il comma 2-*bis*, insieme all’art. 29, descrive le modalità tipiche per determinare la conoscenza legale del provvedimento, ai fini della decorrenza del termine per il ricorso, ma non impedisce di attribuire rilevanza anche alla “*piena conoscenza*”, comunque acquisita; in questa cornice, la giurisprudenza ha generalmente, ma non sempre, considerato indice attendibile di piena conoscenza dell’atto la presenza del delegato del concorrente alla seduta pubblica di gara, nella quale sono determinate le esclusioni e le ammissioni;
2. Per un secondo filone interpretativo, la *pubblicazione* e (quanto meno dopo l’entrata in vigore del correttivo) la *comunicazione* di cui all’art. 29 del provvedimento motivato costituiscono le condizioni necessarie, ma anche esclusive ed insostituibili, per la decorrenza del termine di impugnazione; pertanto, non vi sarebbe spazio alcuno per riconoscere efficacia alla “*piena conoscenza*” dell’atto acquisita attraverso altre modalità;
3. Per una terza opinione, infine, decisamente più rispettosa del diritto di difesa, la decorrenza del termine va collegata non solo ala rigorosa osservanza dei presupposti indicati dall’art. 29, ma anche dalla piena *disponibilità della documentazione di gara*;
4. Vi sono, peraltro, all’interno di questi tre diversi filoni interpretativi, molteplici sfumature e puntualizzazioni, che rendono il quadro della giurisprudenza ancora più articolato. Piuttosto incerta, in seno a tutti i tre indirizzi appena schematizzati, risulta la rilevanza dell’assenza di *motivazione* del provvedimento. Tale incertezza è evidentemente aggravata dalla difficoltà di stabilire quando possa ritenersi soddisfatto il requisito della effettiva sussistenza della motivazione stessa e dal dubbio che, una volta resa pienamente disponibile la documentazione di gara, il presupposto formale della motivazione possa ritenersi soddisfatto *per relationem*.

Secondo un primo indirizzo (affermatosi, in particolare, prima delle modifiche apportate dal correttivo), il rito *superspeciale* si applica anche in assenza della pubblicazione e delle altre formalità *ex* art. 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici e il termine di trenta giorni per ricorrere ex art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a. decorre dalla conoscenza “*comunque acquisita*” degli atti di ammissione e esclusione (pure attraverso la presenza del rappresentante dell’impresa alla seduta pubblica).

In questo senso si pone, ad esempio, la pronuncia del TAR Toscana, Sez. I, 18 aprile 2017, n. 582, la quale ha dichiarato tardive le censure dirette a contestare l'ammissione dell'aggiudicatario, proposte contro l’atto di aggiudicazione, in quanto il ricorrente ne aveva già in precedenza avuto conoscenza effettiva *tramite una e-mail* che recava in allegato il verbale della seduta pubblica, contenente l'indicazione dei punteggi conseguiti da ciascun operatore economico e “*dunque anche l'ammissione alla gara*” dei partecipanti.

Un’espressione molto eloquente e ben motivata di questa tesi è rinvenibile nella pronuncia del T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 22 marzo 2018 n. 1866.

La decisione muove dalla premessa generale secondo cui costituisce “ius receptum *nella giurisprudenza amministrativa l’orientamento secondo il quale nel processo amministrativo la decorrenza del termine per l'impugnazione deve essere ancorata al momento in cui in concreto si è verificata ed è stata apprezzata la situazione di lesività, visto che la piena conoscenza del provvedimento causativo non può ritenersi operante oltre ogni limite temporale; ciò renderebbe l'attività dell'amministrazione e le iniziative dei controinteressati suscettibili d'impugnazione sine die, in aperta contraddizione con il limite temporale che la legge impone al soggetto di farsi parte diligente*”.

La pronuncia richiama, altresì, la “*ratio acceleratoria delle norme processuali previste dall’art. 120 c.p.a., tra cui quella di cui al comma 2 bis, volta alla sollecita definizione del processo in una materia rilevante come quella degli appalti, in piena conformità con il principio di ragionevolezza dei tempi del processo e, in ultima istanza, del principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, che trova eco nell’art. 24 e 113 Cost., oltre che nell’art. 1 c.p.a. (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, n. 696/2017)*”.

La decisione richiama il principio in base al quale, nel processo amministrativo, ai fini della decorrenza del termine per proporre ricorso, è sufficiente la percezione dell'esistenza di un provvedimento amministrativo e degli aspetti che ne rendono evidente la immediata e concreta lesività per la sfera giuridica dell'interessato, al fine di garantire l'esigenza di certezza giuridica connessa alla previsione di un termine decadenziale per l'impugnativa degli atti amministrativi, senza che ciò possa intaccare il diritto di difesa in giudizio ed il giusto processo, garantiti invece dalla congruità del termine temporale per impugnare, decorrente dalla conoscenza dell'atto nei suoi elementi essenziali e dalla possibilità di proporre successivi motivi aggiunti. In tal senso, la pronuncia richiama i precedenti del T.A.R. Campania, sede di Napoli, Sez. I, n. 644/2017 e Sez. VIII, n. 696/2017[[29]](#footnote-29).

Nella motivazione, poi, si afferma che, “*in relazione ad eventuali i profili di illegittimità conosciuti successivamente per effetto dell’integrale conoscenza gli atti in sede di accesso, la tutela giurisdizionale è comunque assicurata dalla possibilità di proporre motivi aggiunti*”. Inoltre, “*la diversa ermeneutica propensa ad ammettere un differimento del termine per impugnare senza precisi limiti temporali esporrebbe … l’azione amministrativa (che nel caso degli appalti pubblici è notoriamente ispirata alla celerità e alla semplificazione) all’inconveniente di poter essere in ogni tempo sindacata in sede giurisdizionale semplicemente differendo l’accesso agli atti di gara*”.

1. **La piena conoscenza può derivare dalla presenza del rappresentante dell’impresa alla seduta di gara in cui si determinano le ammissioni e le esclusioni?**

A favore di questo orientamento si sono pronunciate anche altre decisioni di TAR, che hanno ritenuto idonea a generare la piena conoscenza del provvedimento la presenza del rappresentante dell’impresa alla seduta pubblica di gara.

Per TAR Puglia, Bari, Sez. III, 8 novembre 2016, n. 1262, la previa “*piena conoscenza*” degli atti di ammissione e di esclusione è ravvisabile e documentabile in un momento precedente alla pubblicazione degli stessi, ossia quando il rappresentante legale del concorrente è “presente alla seduta pubblica e munito di apposito mandato”. In particolare, la sentenza invoca l’orientamento giurisprudenziale, sviluppato nella vigenza del precedente codice dei contratti (cfr. TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, 3 agosto 2015, n. 1326), che individua il dies a quo per impugnare i provvedimenti di esclusione alla gara (a cui possono essere “equiparati, nella loro portata lesiva” i provvedimenti di ammissione), dalla seduta pubblica cui avevano partecipato i soggetti muniti di apposito mandato e abilitati a rappresentare il concorrente escluso, ritenendo integrata da tale momento la piena conoscenza delle motivazioni dell’atto, senza necessità dell’invio di una formale comunicazione da parte della stazione appaltante.

Il TAR Campania, Napoli, 9 novembre 2017, n. 5272, con riferimento ad una ipotesi riguardante, però, l’impugnazione proposta da un operatore economico avverso il provvedimento recante la propria esclusione, ha affermato che ai fini della decorrenza del termine decadenziale di impugnazione giurisdizionale, si realizza la piena conoscenza del provvedimento lesivo, ove l'impresa concorrente assista, tramite un proprio rappresentante, alla seduta di gara in cui la Stazione Appaltante adotta determinazioni in ordine all'esclusione della sua offerta, ad eccezione dei casi in cui quest'ultimo non sia munito di apposito mandato o non rivesta una specifica carica sociale, difettando in tali casi una sua comprovata riferibilità al soggetto concorrente.

Anche per il Tar Puglia, sede di Bari, sez. III, 15 ottobre 2018, n. 1297, la presenza del rappresentante dell’impresa alla seduta di gara è idonea a determinare la piena conoscenza del provvedimento: “il *dies a quo* di cui al combinato disposto dell’art. 120, comma 2-*bis* c.p.a. e art. 29, comma 1 d.lgs. n. 50/2016 come novellato sul punto dal dlgs 19 aprile 2017, n. 56, ha una *ratio* garantista nel senso di affermare l’impugnabilità del provvedimento sin dal momento in cui si può avere piena conoscenza dei relativi vizi, nel caso di specie non è possibile mettere in discussione che il delegato dell’impresa e quindi l’impresa stessa avessero piena consapevolezza dei vizi della esclusione medesima.

A dire della pronuncia, quindi, “*pertanto, non vi è giustificazione alcuna nella fattispecie de qua per derogare ai principi generali sanciti dall’art. 41, comma 2 cod. proc. amm., se non a patto di consentire alla impresa ricorrente una ingiustificata remissione in termini rispetto al termine decadenziale per impugnare, a fronte di un comportamento indubbiamente negligente della stessa ditta e quindi non meritevole di tutela sul piano giuridico.*”

Ancora di recente, si è affermato che l’art. 120, comma 2 bis, c.p.a. non implica l’assoluta inapplicabilità del generale principio sancito dagli artt. 41, comma 2 e 120, comma 5, ultima parte, c.p.a., per cui, in difetto della formale comunicazione dell’atto o in mancanza di pubblicazione di un autonomo atto di esclusione sulla piattaforma telematica della stazione appaltante il termine decorre, comunque, dal momento dell’intervenuta piena conoscenza del provvedimento da impugnare, conoscenza che per i provvedimenti di esclusione è insita nella percezione della sua adozione da parte dell’impresa esclusa, tanto più se acquisita congiuntamente a quella delle relative ragioni determinanti (Tar Bari, sez. III, 15 ottobre 2018, n. 1297).

1. **Il valore equipollente della “piena conoscenza” nell’originario indirizzo del Consiglio di Stato.**

La tesi della piena equipollenza della piena conoscenza è stata sostenuta anche da alcune pronunce del Consiglio di Stato.

In tal senso, è ritenuta *irrilevante*, ai fini dell'individuazione del *dies a quo* per ricorrere contro le ammissioni od esclusioni, la mancanza della “*pubblicazione degli atti di ammissione od esclusione sul profilo del committente della stazione appaltante*”, qualora sia diversamente ravvisabile e documentata la previa “*piena conoscenza*” degli stessi atti da parte del rappresentante della ricorrente, presente alla seduta pubblica e munito di apposito mandato” (Cons. St., Sez. V, 23 marzo 2018, n. 1843**[[30]](#footnote-30)**).

La decisione (richiamando il precedente della III Sez., 26 gennaio 2018, n. 565) afferma con chiarezza che l'onere di immediata impugnazione dell'altrui ammissione alla procedura di gara, senza attendere l'aggiudicazione, è subordinato alla pubblicazione degli atti della gara medesima.

Tuttavia, per la pronuncia, l'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a. non implica l'assoluta inapplicabilità del principio generale di cui agli artt. 41, comma 2, e 120, comma 5, ultima parte, c.p.a, in base al quale nell'ipotesi di mancata formale comunicazione dell'atto il termine per l'impugnazione decorre comunque dal momento dell'intervenuta piena conoscenza del provvedimento da impugnare, a condizione che l'interessato sia in grado di percepire i profili di lesività.

Nello stesso senso si pone la decisione del Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 5870. Questa pronuncia, confermando TAR Veneto, I, 17 maggio 2017, n. 492, afferma che, nonostante la formulazione letterale del comma 2-*bis* dell'art. 120 c.p.a. faccia espressamente riferimento, ai fini della decorrenza del termine d'impugnazione di trenta giorni, esclusivamente alla pubblicazione del provvedimento di ammissione o esclusione sul profilo informatico della stazione appaltante ai sensi dell'art. 29, comma 1, del Codice, ciò non implica l'inapplicabilità del generale principio sancito dall'art. 41, comma 2, c.p.a. e richiamato nel comma 5, ultima parte, del suddetto art. 120. Pertanto, anche in difetto della formale comunicazione dell'atto di ammissione e della sua pubblicazione sulla piattaforma telematica, il termine per impugnare decorre dal momento dell'avvenuta conoscenza dell'atto stesso, “*purché siano percepibili i profili che ne rendano evidente la lesività per la sfera giuridica dell'interessato in rapporto al tipo di rimedio apprestato dall'ordinamento processuale*”.

A tal fine, la piena conoscenza dell’atto di ammissione della controinteressata può provenire da qualsiasi fonte, che determina la decorrenza del termine di decadenza per la proposizione del ricorso, non solo in assenza della pubblicazione sul profilo telematico della stazione appaltante, ma anche nel caso in cui la pubblicazione avvenga successivamente.

1. **La “disponibilità in concreto degli atti” quale affermazione del principio di equipollenza della “piena conoscenza”: un fraintendimento della portata innovativa e interpretativa del decreto correttivo?**

Lo stesso indirizzo è stato ribadito, anche in relazione al quadro normativo scaturito, con maggiore chiarezza, dal decreto correttivo, da [Cons. St., sez. V, 3 aprile 2018, n. 2079](https://www.iusexplorer.it/document?id=7318376_0_1_SAU018D03M04Y2018N000002079S05&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwQSsk-LHuadvLcRWXGmrLaPavNGK-Abow.*AAJTSQACMDMAAlNLABQtNTIwMjk2ODQ4NTQ2ODczNjM5OAACUzEAAjAy*), che sul punto conferma [TAR Toscana, sez. I, 2 gennaio 2018, n. 17](https://www.iusexplorer.it/document?id=7090017_0_1_SAU025D02M01Y2018N000000017S01RTOC50100&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwQSsk-LHuadvLcRWXGmrLaPavNGK-Abow.*AAJTSQACMDMAAlNLABQtNTIwMjk2ODQ4NTQ2ODczNjM5OAACUzEAAjAy*). La pronuncia afferma che anche per le gare bandite successivamente all'entrata in vigore del decreto “correttivo”, l'[art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a](https://www.iusexplorer.it/document?id=1804510_5595280_1_DLT_____20100702000000000000104&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwQSsk-LHuadvLcRWXGmrLaPavNGK-Abow.*AAJTSQACMDMAAlNLABQtNTIwMjk2ODQ4NTQ2ODczNjM5OAACUzEAAjAy*). “individua nella data di pubblicazione dell'atto di ammissione, [ex art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50-2016](https://www.iusexplorer.it/document?id=4977851_29881105_1_DLT_____20160418000000000000050A0029S00&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwQSsk-LHuadvLcRWXGmrLaPavNGK-Abow.*AAJTSQACMDMAAlNLABQtNTIwMjk2ODQ4NTQ2ODczNjM5OAACUzEAAjAy*), il *dies a quo* di proposizione del ricorso, o *comunque* nel giorno in cui l'atto stesso è reso *in concreto disponibile*, secondo la nuova formulazione dell'[art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50-2016](https://www.iusexplorer.it/document?id=4977851_29881105_1_DLT_____20160418000000000000050A0029S00&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwQSsk-LHuadvLcRWXGmrLaPavNGK-Abow.*AAJTSQACMDMAAlNLABQtNTIwMjk2ODQ4NTQ2ODczNjM5OAACUzEAAjAy*), introdotta dall'[art. 19 d.lgs. n. 56-2017](https://www.iusexplorer.it/document?id=5346165_32678129_1_DLT_____20170419000000000000056A0019S00&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwQSsk-LHuadvLcRWXGmrLaPavNGK-Abow.*AAJTSQACMDMAAlNLABQtNTIwMjk2ODQ4NTQ2ODczNjM5OAACUzEAAjAy*)”.

La decisione, però, sembra assegnare modesto risalto alle pur significative modifiche apportate all'art. 29 del Codice dei contratti pubblici e dalla loro evidente finalità di offrire una sorta di “interpretazione autentica” della previgente disciplina, anche allo scopo di evitare ogni possibile sospetto di illegittimità comunitaria e costituzionale. Anzi, la pronuncia muove dall’assunto che la prevista “*disponibilità concreta*” degli atti di gara, indicherebbe la rilevanza, ai fini della decorrenza del termine di proposizione del ricorso della “*piena conoscenza*” (o per lo meno della conoscibilità) effettiva, comunque acquisita dalla parte, assegnerebbe esplicitamente valore *equipollente* a tale situazione, anche in mancanza degli altri adempimenti formali.

È invece preferibile ritenere che la “concreta disponibilità”, riferendosi non al provvedimento, bensì alla documentazione di gara, costituisca un requisito *aggiuntivo*, e non sostitutivo, della fattispecie: la decorrenza del termine va correlata “anche” a tale momento.

1. **L’indirizzo che nega valore equipollente alla “*piena conoscenza*” dell’atto: La decorrenza del termine va correlata esclusivamente ai presupposti indicati dall’art. 29.**

Una seconda tesi esclude l’applicabilità del rito super-speciale in assenza delle “*formalità di pubblicazione delle esclusioni previste all’art. 29 co. 1 d.lgs. 50/2016*” (TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 5852).

Pertanto, nel rito super-speciale, ai fini dell'individuazione del *dies a quo* per ricorrere, è “assolutamente irrilevante” la “*piena conoscenza*” della propria esclusione e dell'altrui ammissione acquisita in sede di seduta pubblica di gara (TAR Campania, Napoli, Sez. V, 6 ottobre 2017, n. 4689; T.A.R. Puglia - Bari I, 7 dicembre 2016 n. 1367; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II quater, 19 luglio 2017 n. 8704)

Per TAR Lazio, Roma, Sez. III-quater, 22 agosto 2017, n. 9379, l'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., indica “*espressamente ed inequivocamente*” il decorso del *dies a quo* dalla pubblicazione del provvedimento determinante le esclusioni ed ammissioni sul profilo della stazione appaltante, sicché il regime di pubblicità previsto dalla richiamata disposizione, ponendosi in rapporto di “specialità rispetto ad ogni altra tipologia di impugnazione in materia di gare pubbliche”, prevale “su ogni altra previsione o applicazione di tipo giurisprudenziale quale quella prospettata dalla amministrazione resistente”).

Anche per TAR Sardegna, sez. I, 20 gennaio 2017, n. 36, “*non appare concepibile anticipare il* dies a quo *del termine d’impugnazione a un momento (quello della riunione della Commissione) in cui l’impresa interessata non poteva essere considerata già in grado di avere piena contezza della «decisione finale», e dei motivi che la sorreggono, assunta dalla stazione appaltante*”).

Nel senso della decorrenza correlata alla pubblicazione del provvedimento e in espresso dissenso dalla pronuncia del TAR Campania n. 1866/2018 si pone TAR Lombardia, Sezione Staccata di Brescia, sez. I 13/6/2018 n. 577, assegnando importante valore innovativo alle norme di cui al decreto correttivo. Tale pronuncia individua quale *dies a quo* per la proposizione del ricorso la data di pubblicazione dell'atto di esclusione o di ammissione, a condizione che in tale atto siano compiutamente esplicitati i motivi dell'esclusione o dell'ammissione.

Secondo tale decisione, assume dirimente rilievo la novella legislativa apportata all’art. 29, comma 1, del D. Lgs. 50/2016 – cui rinvia l’art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a. – dal D.Lgs. 19 aprile 2017 n. 6, il quale prevede che il termine per l’impugnativa degli atti di esclusione e di ammissione decorra dal momento in cui i relativi atti “sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione”.

La pronuncia si spinge più avanti: “*Anche a voler prescindere da tale – peraltro decisivo – dato normativo, ritiene il Collegio di aderire all’orientamento (per il quale, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 18 dicembre 2017 n. 5955) che ha privilegiato una interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina (anche) previgente, tesa a garantire l’effettività della tutela giurisdizionale della parte ricorrente (anche) nel c.d. rito super-accelerato di cui all’art. 120, comma 2-bis, c.p.a.: sì da “condurre all’individuazione del dies a quo del termine di impugnazione degli atti di ammissione o di esclusione alla data in cui i ricorrenti abbiano avuto piena contezza di tutti i profili rilevanti indispensabili per la proposizione del ricorso e l’esercizio pieno ed effettivo del diritto di azione*”.

Per il TAR, tuttavia, “*tale soluzione deve ritenersi applicabile sia al caso dell’avvenuta pubblicazione dell’atto di esclusione o di ammissione, non corredato di motivazione, sulla piattaforma telematica della stazione appaltante, sia al caso della presenza di un rappresentante dell’operatore alla seduta in cui la commissione proceda all’apertura e all’esame della documentazione amministrativa, qualora in tale sede non siano pienamente percepibili e conoscibili le ragioni poste a base dell’atto di esclusione o di ammissione e non sia, pertanto, configurabile una conoscenza effettiva di eventuali profili lesivi in rapporto al rimedio esperibile*”.

In tal modo, sembra profilarsi, astrattamente, l’idoneità della conoscenza effettiva della motivazione dell’atto a determinare la decorrenza del termine di proposizione del ricorso.

Nella vicenda decisa dal TAR; peraltro, non essendo state rese note, all’atto pubblicazione sul sito della stazione appaltante dell’elenco degli operatori ammessi alla gara, “ma essendo tali ragioni divenute percepibili per la ricorrente soltanto in esito al consentito accesso, la decorrenza del termine di trenta giorni di cui all’art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., andava individuata a partire dal momento in cui le motivazioni sono state rese concretamente disponibili.

La sentenza del Tar Campania, sede Napoli, sez. VIII, 18/01/2018, n. 394 esamina con attenzione il problema della decorrenza del termine nei casi in cui alla seduta di gara partecipi il rappresentante dell’operatore interessato alla impugnazione del provvedimento recante le ammissioni e le esclusioni. La pronuncia richiama, “in proposito il principio generale secondo il quale, pur in difetto della formale comunicazione dell'atto, il termine di impugnazione decorre dal momento dell'avvenuta conoscenza dell'atto (T.A.R. Veneto Venezia, Sez. I, 17 maggio 2017, n. 492) e, in assenza di una specifica ed espressa previsione legislativa in senso derogatorio e di un rapporto di incompatibilità, si deve ritenere che il comma 2-bis dell’art. 120 c.p.a. non abbia apportato una deroga al principio generale della decorrenza del termine di impugnazione dalla conoscenza completa dell’atto”.

La stessa decisione, poi, fa riferimento all’orientamento giurisprudenziale secondo il quale, con riferimento al rito superspeciale, il termine per l’impugnativa decorre esclusivamente dalla pubblicazione del provvedimento di ammissione o esclusione sul profilo del committente ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del D. Lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (T.A.R. Campania Napoli, Sez. V, 6 ottobre 2017, n. 4689; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 29 maggio 2017, n. 2843).

Il Tar Campania, Napoli, sez. VIII, n. 394/2018 afferma che la decorrenza del termine di cui all’art. 120, comma 2-*bis* cod. proc. amm. costituisce una previsione di carattere speciale che, in quanto tale, prevale sulle altre. A favore di questa conclusione si indica la circostanza che “*il rito speciale in materia di impugnazione degli atti di esclusione e ammissione costituisca un’eccezione al regime «ordinario» processuale degli appalti (che a sua volta è un’eccezione rispetto al rito ordinario e allo stesso rito accelerato ex art. 119 c.p.a.) e, in quanto tale debba essere applicato solo nel caso espressamente previsto (T.A.R. Puglia Bari I, 7 dicembre 2016 n. 1367), ovverosia quando sia stato emanato il provvedimento di cui all'art. 29, comma 1, secondo periodo del d.lgs. n. 50/2016. In caso contrario l'impugnativa dell'ammissione dell'aggiudicatario deve essere formulata congiuntamente con quella del provvedimento di aggiudicazione (T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 29 maggio 2017, n. 2843)*”.

Per il Tar Campania la presenza di un rappresentante dell’impresa, quindi, “*determina al più la conoscenza del provvedimento di ammissione e di quanto ivi emerso, oltre alla mera conoscibilità di eventuali ulteriori profili di illegittimità all’esito di successive indagini, ma non certamente la percezione immediata ed effettiva di tutte le irregolarità che, ove esistenti, inficino le relative determinazioni*”.

Ne consegue che la decorrenza del termine di impugnazione va correlata esclusivamente alla pubblicazione del provvedimento recante le ammissioni e le esclusioni: “*stante l’indicato carattere derogatorio, infatti, il criterio dell’effettiva completa conoscenza dell’atto impugnabile, comprensivo di tutti gli aspetti di lesività e illegittimità dello stesso, deve essere applicato in modo restrittivo, ai soli casi in cui, per gli elementi emersi nella seduta di gara, si evince che la parte dovesse essere sin da allora pienamente consapevole dei profili di illegittimità sollevabili*”.

T.A.R. Basilicata, sez. I, 13 gennaio 2017 n. 24 esclude la decorrenza del termine di trenta giorni per gravare l’ammissione alla gara degli altri concorrenti, in assenza della pubblicazione ex art. 29, co. 1, d.lgs. n. 50 del 2016, precisando che, in tale ipotesi, il termine inizia a decorrere solo dalla ricezione, mediante posta elettronica, del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Secondo Tar Lazio, Sez. III, 27 luglio 2018, n. 8511 afferma che “*il termine, previsto dal comma 2 bis dell’art. 120 c.p.a. per l’impugnazione dell’ammissione alla gara di una lista o dell’esclusione decorre, oltre che dall’avvenuta pubblicazione del relativo provvedimento sul profilo del committente della stazione appaltante, dalla comunicazione o notificazione individuale del provvedimento, purché completa di ogni elemento utile a farne apprezzare la lesività da parte di un operatore di normale diligenza, e non anche dalla seduta pubblica durante la quale è stata decisa l’ammissione o l’esclusione, a nulla rilevando la presenza di un rappresentante della società concorrente*”.

Anche il Tar Sicilia - Palermo, sez. III, del 31.08.2018, n. 1862 si pone nella stessa direzione, ritenendo irrilevanti forme di pubblicazione del provvedimento diverse da quelle stabilite dalla norma: “*Ai sensi dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., il termine di impugnazione dei provvedimenti relativi all'esclusione e all'ammissione alla gara decorrono dalla pubblicazione del provvedimento sul profilo della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici e, pertanto, gli effetti derivanti da detta pubblicazione non si producono in ipotesi diverse, quali la partecipazione di un rappresentante del concorrente alla seduta della commissione di gara o la pubblicazione del provvedimento sul bollettino ufficiale dell'amministrazione*”.

In termini più generali, del resto, si è affermato che la pubblicazione telematica di un atto solo quando sia prevista e prescritta da specifiche determinazioni normative costituisce una forma di pubblicità in grado di integrare di per sé gli estremi della conoscenza erga omnes dell’atto pubblicato e di far decorrere il termine decadenziale di impugnazione (Cons. St., sez. III, 28 settembre 2018, n. 5570)[[31]](#footnote-31).

In senso conforme si pone anche Tar Puglia, Bari, sez. III, 25.06.2018, n. 934, secondo il quale l’onere di immediata impugnativa dell’altrui ammissione alla procedura di gara senza attendere l’aggiudicazione, previsto dalla disposizione di cui all’art. 120, comma 2 bis c.p.a, è subordinato alla pubblicazione degli atti della procedura ai sensi dell’art. 29, comma 1 dlgs n. 50 del 2016; in assenza di quest’ultima, anche se dovesse registrarsi la presenza del delegato dell’impresa alla seduta di gara, non può essere configurato un valore provvedimentale autonomo all’atto di ammissione alla procedura, sicché l’impugnazione deve essere svolta al momento della comunicazione dell’aggiudicazione.

1. **La necessaria conformità della pubblicazione alle prescrizioni dell’art. 29.**

Sotto altro concorrente profilo, la giurisprudenza ha rimarcato che la pubblicazione capace di determinare la decorrenza del termine è solo quella perfettamente corrispondente al modello descritto dall’art. 29.

Così, per Tar Calabria, sede di Catanzaro, 15 giugno 2018, n. 1243, non è idonea a determinare la decorrenza del termine di impugnazione la pubblicazione e la comunicazione del provvedimento effettuate senza rispettare le prescrizioni dell’art. 29.

Nella specie il provvedimento impugnato era stato pubblicato sul bollettino ufficiale della Regione Calabria e notificato a mezzo di PEC alla ricorrente. Sennonché la comunicazione del decreto risultava trasmessa ad un indirizzo PEC errato e comunque difforme da quello indicato negli atti di gara. Tant’è che non v’era prova del perfezionamento di una siffatta notificazione.

D’altro canto, la pubblicazione del decreto sul bollettino ufficiale non era idonea a far decorrere i termini per l’impugnazione del decreto.

Infatti, a mente dell’art. 120, comma 2-*bis* c.p.a., il termine di impugnazione dei provvedimenti relativi all’esclusione e all’ammissione alla gara decorrono dalla pubblicazione del provvedimento sul profilo (il sito informatico su cui sono pubblicati gli atti e le informazioni in tema di contratti pubblici, a mente dell’art. 33, comma 1, lett. nnn) d.lgs. n. 50 del 2016) della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici

La norma, poiché deroga alla disciplina generale sull’impugnazione degli atti amministrativi, prevedendo un meccanismo oneroso per i potenziali ricorrenti, deve ritenersi di stretta interpretazione.

Pertanto, gli effetti derivanti dalla pubblicazione del provvedimento relativo all’esclusione o all’ammissione sul profilo della stazione appaltante non si producano in ipotesi diverse, quali la partecipazione di un rappresentante del concorrente alla seduta della commissione di gara o, come nel caso di specie, la pubblicazione del provvedimento sul bollettino ufficiale dell’amministrazione.

Una seconda tesi, riferita espressamente, però, alla sola disciplina vigente prima delle modifiche apportate dal correttivo, afferma che la decorrenza del termine per la proposizione del ricorso ex art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a. è ancorata alla *sola pubblicazione* degli atti di ammissione ed esclusione, non essendo necessaria nemmeno la loro *comunicazione* individuale ai concorrenti, né subordinata all'accesso agli atti (da ultimo, Cons. St., sez. V, 3 aprile 2018, n. 2045[[32]](#footnote-32))

Viceversa, per Cons. St, sez. V, 10 aprile 2018, n. 2176, in mancanza della pubblicazione non può farsi ricorso al criterio residuale della *piena conoscenza*.

Ad avviso dell’appellante, infatti, “*sebbene il nuovo comma 2-bis dell’art. 120 c.p.a. faccia riferimento esclusivamente alla pubblicazione del provvedimento di ammissione o di esclusione sul profilo telematico della stazione appaltante, secondo le formalità previste dal nuovo codice dei contratti, è comunque applicabile il principio generale sancito dall’art. 41, comma 2, c.p.a. e riaffermato nel comma 5, ultima parte, dell’art. 120 c.p.a.*”.

Ne conseguirebbe che il termine di impugnazione decorre dal momento dell’avvenuta conoscenza dell’atto, purché siano percepibili – come avverrebbe nel caso di specie – “*i profili che ne rendano evidente la lesività per la sfera giuridica dell’interessato, in rapporto al tipo di rimedio apprestato dall’ordinamento*”.

La decisione contesta recisamente la tesi secondo cui, a fronte della mancata, tempestiva pubblicazione dell’atto di ammissione delle ditte concorrenti sulla piattaforma telematica della stazione appaltante, il termine in questione verrebbe comunque a decorrere dalla data di svolgimento della prima seduta della Commissione di gara alla quale abbia partecipato un rappresentante della ricorrente.

Invero, la disposizione di cui all’art. 120, comma 2-*bis* Cod. proc. amm. – *norma processuale di indubbio carattere speciale e pertanto di stretta interpretazione* – prevede inequivocabilmente che il *dies a quo* per l’impugnazione di cui trattasi coincida con la data di pubblicazione sul profilo della stazione appaltante del provvedimento che determina l’esclusione o l’ammissione.

Nel caso di specie, come ricordato dall’appellata Ambiente e Servizi s.r.l. e non smentito dall’appellante, “*la Stazione Appaltante ha provveduto a pubblicare le ammissioni-esclusioni il 5.06.2017 sul profilo telematico dell’Agenzia del Demanio e il 7.06.2017 sul profilo della Prefettura – UTG di Napoli*”.

Altro indirizzo giurisprudenziale, invece, sostiene che, poiché la decorrenza del *dies a quo* è condizionata alla “*pubblicazione*” degli atti di ammissione e di esclusione sul profilo informatico della stazione appaltante, in mancanza di tale adempimento, il termine può scattare solo dalla piena conoscenza dei vizi relativi alla fase di ammissione, eventualmente acquisita tramite la *comunicazione* del provvedimento di *aggiudicazione,* perché, diversamente, l'impresa sarebbe costretta a proporre un ricorso “al buio” (Cons. St., sez. III, 26 gennaio 2018, n. 565[[33]](#footnote-33)).

Per Cons. St., Sez. V, 8 giugno 2018, n. 3483, deve ragionevolmente ritenersi, secondo l’*id quod plerumque accidit* che la presenza del rappresentante dell’impresa nella seduta della commissione possa al più determinare la conoscenza del provvedimento di ammissione e di quanto ivi emerso, oltre alla mera conoscibilità di eventuali ulteriori profili di illegittimità all’esito di successive indagini, ma non anche la percezione immediata ed effettiva di tutte le irregolarità che, ove esistenti, inficino le relative determinazioni.

Per l’effetto, in difetto di una precisa dimostrazione in tal senso da parte di chi abbia interesse a sostenere tale tesi, deve in linea di principio escludersi che da detta presenza possa automaticamente presumersi la conoscenza, in capo alle singole imprese concorrenti, dell’immediata lesività per la propria sfera giuridica dei provvedimenti di ammissione alla gara, in rapporto al tipo di rimedio apprestato dall’ordinamento processuale.

Del resto, nel caso di mancata pubblicazione dell’ammissione o esclusione di un partecipante, l’eventuale presenza «di un delegato di un concorrente alla seduta di gara in cui si sono deliberate le ammissioni non è, di per sé, idonea alla decorrenza del termine decadenziale nei riguardi dell’impresa interessata» (Cons. Stato, III, 8 febbraio 2018, n. 1765), essendo il linea di principio il termine per la proposizione del ricorso ex art. 120 comma 2-*bis* c.p.a. riferito alla data di pubblicazione dei verbali di ammissione e esclusione sul profilo del committente.

1. **La disponibilità effettiva della documentazione di gara quale presupposto *ulteriore* e insostituibile per la decorrenza del termine di impugnazione.**

Pur con molte oscillazioni, quindi, la giurisprudenza più recente sembra attestarsi nel senso di una lettura molto rigorosa e garantista del sistema, intesa a proteggere il diritto di difesa dell’operatore economico.

Anche molte delle pronunce che affermano, in astratto, il valore equipollente di forme di conoscenza effettiva, in assenza degli adempimenti prescritti dall’art. 29, circoscrivono in concreto questa possibilità a casi ben limitati, in cui la parte può disporre, concretamente, della documentazione necessaria per apprezzare la lesività dell’atto e i suoi vizi di legittimità.

Tale indirizzo aggancia, anche per le gare bandite prima dell'entrata in vigore del decreto correttivo, la decorrenza del termine per impugnare le ammissioni e le esclusioni, all'effettiva piena conoscenza del loro contenuto e del materiale documentale alla base, così scongiurando l'imposizione di un ricorso “al buio” (TAR Lazio, Roma, sez. III, 9 maggio 2017, n. 5545.

In questa prospettiva di particolare attenzione alla protezione del diritto di difesa, la giurisprudenza, mettendo in rilevo le criticità derivanti dalla soppressione dell’istituto dell’accesso informale e immediato, ha riconosciuto una specifica *sospensione del termine per impugnare* nel periodo intercorrente tra la presentazione dell'istanza di accesso (purché rivolta alla stazione appaltante entro il termine di trenta giorni decorrente dalla conoscenza dell’atto lesivo) e la concreta visione degli atti.

TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 19 ottobre 2017, n. 4893 ha in particolare affermato che nella diversa ipotesi in cui nel termine di 30 giorni dal provvedimento adottato ai sensi dell’art. 29 il concorrente presenti istanza di accesso agli atti, si determina una sospensione temporanea del termine per proporre l'impugnazione, termine che inizierà nuovamente a decorrere dalla data di ostensione dei documenti da parte della stazione appaltante; con la conseguenza che il ricorso avverso l'ammissione/esclusione deve ritenersi tempestivamente proposto ove presentato nel complessivo termine di 30 giorni. Peraltro, secondo il TAR, “*qualsiasi profilo relativo ad eventuali impedimenti nel prendere visione degli atti di gara, ai fini della proposizione dell'impugnativa, non può che essere improntato al principio di diligenza delle parti, che devono attivarsi tempestivamente ai fini di ottenere l'accesso agli atti secondo i mezzi messi loro a disposizione dell'ordinamento*”, con particolare riguardo allo strumento dell’accesso documentale (T.A.R. Campania Napoli, Sez. VIII, 2 febbraio 2017, n. 69).

1. **L’indirizzo più recente della Quinta Sezione: l’esecuzione integrale degli adempimenti formali di pubblicazione e comunicazione individuale del provvedimento è presupposto necessario per la decorrenza del termine di proposizione del ricorso e, in radice, è condizione indispensabile per l’applicazione stessa del rito *superspeciale*.**

In tempi più recenti, la decisione del [Cons. St., Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6005](http://lamministrativista.it/system/files/articoli/allegati/Cons.%20St.%2C%20Sez.%20V%2C%2022%20ottobre%202018%2C%20n.%206005_1.pdf) si è nettamente orientata nel senso più “garantista”, stabilendo che il nuovo sistema di impugnazione immediata delle ammissioni altrui, di cui al comma 2-*bis*, non ha rilievo solo sotto il profilo processuale, ma incide profondamente anche sullo sviluppo procedimentale della gara, richiedendo l’adempimento del prescritto obbligo di comunicazione e di pubblicità del provvedimento recante le ammissioni e le esclusioni.

In questo senso, secondo il Consiglio di Stato, in assenza della pubblicazione della lista degli ammessi e degli esclusi di cui all’[art. 29, d.lgs. n. 50 del 2016](https://www.iusexplorer.it/document?id=4977851_29881105_1_DLT_____20160418000000000000050A0029S00&ticket=AQIC5wM2LY4SfcxqS2vOIIXgf0JOvI69eZnUX7C0Dw3xQnI.*AAJTSQACMDMAAlNLABMyNTcwMjUxMjgzNTQ3MDQ4ODUwAAJTMQACMDE.*) e della comunicazione di cui all’art. 76, d.lgs. n. 50 del 2016, non trova applicazione il sistema di contestazione immediata delineato dall’art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a. Né sembra assumere rilievo, a tal fine, l’eventuale conoscenza del provvedimento acquisita *aliunde*.

Tale decisione sviluppa ulteriormente l’indirizzo della giurisprudenza secondo cui l’onere di immediata impugnativa dell’altrui ammissione alla procedura di gara, senza attendere l’aggiudicazione, è ragionevolmente *subordinato alla pubblicazione degli atti della procedura* (cfr. [Cons. Stato, Sez. III, 26 gennaio 2018, n. 565](https://www.iusexplorer.it/document?id=7184194_0_1_SAU018D26M01Y2018N000000565S03&ticket=AQIC5wM2LY4SfcxqS2vOIIXgf0JOvI69eZnUX7C0Dw3xQnI.*AAJTSQACMDMAAlNLABMyNTcwMjUxMjgzNTQ3MDQ4ODUwAAJTMQACMDE.*), [Cons. St., Sez. V, 23 marzo 2018, n. 1843](https://www.iusexplorer.it/document?id=7292085_0_1_SAU018D23M03Y2018N000001843S05&ticket=AQIC5wM2LY4SfcxqS2vOIIXgf0JOvI69eZnUX7C0Dw3xQnI.*AAJTSQACMDMAAlNLABMyNTcwMjUxMjgzNTQ3MDQ4ODUwAAJTMQACMDE.*) e [Cons. St., Sez. III, 27 marzo 2018, n. 1902](https://www.iusexplorer.it/document?id=7292338_0_1_SAU018D27M03Y2018N000001902S03&ticket=AQIC5wM2LY4SfcxqS2vOIIXgf0JOvI69eZnUX7C0Dw3xQnI.*AAJTSQACMDMAAlNLABMyNTcwMjUxMjgzNTQ3MDQ4ODUwAAJTMQACMDE.*)). L’adempimento prescritto dalla norma ha carattere sostanziale e, pertanto, non sarebbe in alcun modo sostituibile da altri diversi fatti astrattamente “*equipollenti*”, come l’acquisizione della effettiva conoscenza dell’atto recante le ammissioni e le esclusioni.

Pertanto, la sentenza ha recisamente escluso che la mera partecipazione alle sedute della Commissione di gara dei rispettivi rappresentanti o incaricati possa *automaticamente* fondare la conoscenza, in capo alle singole imprese concorrenti, dell’immediata lesività per la propria sfera giuridica dei provvedimenti di ammissione alla gara, in rapporto al tipo speciale di rimedio apprestato dall’ordinamento processuale.

Quindi, in assenza della pubblicazione di cui all’art. 29 d.lgs. n. 50-2016 e della comunicazione di cui all’art. 76 d.lgs. n. 50-2016, non può trovare applicazione l’art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., dovendosi quest’ultima ritenere *norma di stretta interpretazione.* La decisione svolge, a tale proposito, l’ulteriore argomento secondo cui la disposizione va letta in chiave limitatrice proprio “*in quanto derogatoria del principio tradizionale secondo cui è ammessa l’impugnazione dei soli provvedimenti direttamente lesivi*.”

Nella motivazione, peraltro, la decisione sembra attenuare, in parte, la rilevanza dell’affermato principio garantista. Deve, *in linea di principio*, escludersi che dalla mera partecipazione alle sedute della Commissione di gara dei rispettivi rappresentanti o incaricati possa automaticamente presumersi la conoscenza, in capo alle singole imprese concorrenti, dell’immediata lesività per la propria sfera giuridica dei provvedimenti di ammissione alla gara.

Tale inciso potrebbe condurre ad ipotizzare una mera attenuazione dell’onere della prova dell’acquisita *piena conoscenza*, che, pur non desumibile dalla semplice presenza del rappresentante dell’impresa, se concretamente dimostrata, potrebbe determinare la decorrenza del termine di impugnazione.

Anche TAR Puglia, Sezione Staccata di Lecce, I, 4 settembre 2018, n. 1322 ha evidenziato che il comma 2-*bis* dell'art. 120, C.P.A., prevede “espressamente ed inequivocabilmente che il *dies a quo* per proporre tale particolare impugnativa decorra dalla pubblicazione del provvedimento che determina le esclusioni e le ammissioni sul profilo della stazione appaltante”. Di conseguenza, tale disposizione, per la sua specialità, prevale su ogni altra previsione o “*applicazione di tipo giurisprudenziale*”[[34]](#footnote-34).

Secondo Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 ottobre 2018, n. 5661, “È indispensabile che gli atti (quali il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni 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) siano resi *in concreto disponibili*, corredati di motivazione”.

“*Emerge, allora, come l’onere di immediata impugnativa dell’altrui ammissione alla procedura di gara, senza attendere l’aggiudicazione, sia subordinato alla sola formalità della pubblicazione degli atti della procedura, senza altre valutazioni di compatibilità legislativa*”.

Va rimarcato che, in questo modo, la decisione fa cenno anche alla necessità di appurare che il provvedimento pubblicato sia altresì munito della prescritta motivazione: la carenza di tale elemento comporterebbe l’inidoneità della pubblicazione a determinare la decorrenza del termine.

1. **Conclusioni: la *ratio* e la lettera della norma inducono a interpretare la disciplina della decorrenza del termine di proposizione del ricorso in senso garantista, pena l’illegittimità costituzionale o comunitaria. La necessità di un ripensamento complessivo della disciplina sostanziale sui requisiti soggettivi di partecipazione. L’individuazione normativa degli *atti immediatamente lesivi* e l’inopportunità di riti speciali.**

Si possono allora riassumere le conclusioni cui la giurisprudenza più recente è pervenuta.

1. Il termine decorre soltanto dalla puntuale realizzazione della complessa fattispecie delineata dall’art. 29 del codice n. 50/2016, in raccordo con il comma 2-*bis*;
2. Occorre, pertanto, che il provvedimento sia completo d motivazione, contenente la precisa indicazione delle modalità di accesso (informatico o materiale) agli atti di gara, regolarmente pubblicato e formalmente comunicato al candidato o all’offerente;
3. L’accertata impossibilità di accesso ai documenti di gara impedisce la decorrenza del termine;
4. Qualora non si sia completata la fattispecie sostanziale di cui all’art. 29, non può trovare applicazione la regola della decorrenza connessa alla *piena conoscenza* dell’atto, di cui all’art. 41 del CPA.
5. La determinazione con cui l’amministrazione verifica i requisiti di partecipazione dei concorrenti, sulla base della proposta di aggiudicazione, costituisce un nuovo provvedimento, parzialmente sostitutivo di quello di cui all’art. 29;

Il nuovo rito *superspeciale* di cui al comma 2-*bis,* nei primi due anni di vita, oltre a suscitare seri dubbi in ordine alla sua compatibilità con i principi costituzionali ed europei in materia di diritto di difesa, ha dato luogo a troppe incertezze applicative. La questione della decorrenza del termine, infatti, non esaurisce le problematiche poste dalla norma.

I persistenti dubbi circa la sua legittimità e le autorevoli critiche in ordine alla opportunità di prevedere una regolamentazione *superspeciale* per le controversie riguardanti le ammissioni e le esclusioni indebolisce l’efficacia delle nuove regole processuali.

Pur in assenza di un’analisi dettagliata del contenzioso in materia, si ha l’impressione che non sia stato realizzato l’auspicato obiettivo di accelerazione e la riduzione del contenzioso.

In attesa delle decisioni della CGUE e della Corte costituzionale sulla legittimità della disciplina in esame, non sembra però consigliabile una modifica ulteriore delle norme legislative, che non sia accompagnata da una complessiva rivisitazione del codice dei contratti pubblici, nella parte riguardante lo sviluppo procedimentale della gara. L’unico intervento urgente da suggerire riguarda, forse, la misura del contributo unificato, che deve essere meglio armonizzato con le caratteristiche delle controversie di cui al comma 2-*bis*.

Potrebbe essere opportuna, invece, una riflessione molto più attenta sulle regole riguardanti i requisiti soggettivi dei concorrenti e il procedimento diretto al loro accertamento.

Il codice presenta evidenti lacune sia nella parte relativa alla definizione dei requisiti di partecipazione, sia in quella concernente le modalità e i tempi di verifica. In particolare, l’art. 80 esige un ripensamento radicale della sua impostazione.

Ma anche la fase dedicata alle ammissioni ed esclusioni dei concorrenti deve essere meglio definita nei suoi diversi passaggi, con particolare riguardo al rapporto con l’attività di verifica dei requisiti in capo all’aggiudicatario e al secondo classificato, e all’esercizio del potere di esclusione dell’operatore privo dei necessari titoli, “*in qualsiasi momento della procedura*”.

Se la determinazione di “ammissione” dell’aggiudicatario compiuta all’esito della verifica sfugge alla previsione del comma 2-*bis*, come emerge dalla più recente giurisprudenza, l’utilità del rito superspeciale finisce per ridimensionarsi sensibilmente.

Non meno rilevante è l’esigenza di una riflessione in ordine alla tutelabilità dell’interesse alla definizione della corretta platea dei concorrenti, finalizzato al calcolo della soglia di anomalia o alla parametrazione dei punteggi.

È noto che, fino al 2014, una consistente fetta del contenzioso riguardasse la legittimità delle ammissioni o delle esclusioni di concorrenti non in grado di ottenere l’aggiudicazione (e, quindi, spesso totalmente disinteressati all’esito dalla controversia), perché influente sul calcolo delle medie e sulla correlata soglia di anomalia.

L’intervento legislativo del 2014 ha stroncato sul nascere tale tipo di contenzioso, sancendo il principio della *cristallizzazione* delle offerte, modificando l’art. 38, comma 2-bis, del d. lgs. n. 163 del 2006, al fine di «*scoraggiare impugnazioni sui provvedimenti di ammissione o esclusione che avessero come obiettivo soltanto quello di modificare la media delle offerte*» (Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sez. giurisd., 26 giugno 2017, n. 316, ma. v. anche Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sez. giurisd., 22 dicembre 2015, n. 740 e Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sez. giurisd., 10 luglio 2015, n. 456).

La previsione (poi recepita anche nel codice n. 50/2016, all’art. 95, comma 15: «*ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l’individuazione della soglia di anomalia delle offerte*») non chiariva, però, quale fosse il provvedimento idoneo a determinare l’indicato effetto di “congelamento” delle medie. Ma era assai ragionevole la tesi secondo cui esso dovesse identificarsi con l’atto di aggiudicazione definitiva (v., *ex plurimis*, Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 22 dicembre 2015, n. 740.

Ora, in giurisprudenza si è affermato che proprio l’autonomia della fase di ammissione ed esclusione e la previsione di un apposito rito *superspeciale* riguardante tale fase consentono di impedire l’effetto di cristallizzazione delle medie, attraverso la proposizione di un ricorso ex comma 2-*bis[[35]](#footnote-35)*.

Sicché, il rito *superspeciale* rischia di diventare proprio il canale mediante il quale si potrebbe riaprire un tipo di contenzioso, che era stato drasticamente ridotto in seguito alle riforme del 2014.

Andrebbe valutata, molto serenamente, poi, la coerenza complessiva del sistema positivo in ordine alla individuazione di autonome situazioni giuridiche *strumentali* nell’ambito delle procedure di affidamento, suscettibili di immediata lesione, già prima del provvedimento finale di aggiudicazione, con il correlato onere di tempestiva impugnazione.

L’Adunanza Plenaria n. 4/2018 ha ritenuto di confermare il proprio orientamento tradizionale, limitando le ipotesi in cui le clausole della *lex specialis* di gara possano considerarsi pregiudizievoli. La pronuncia ha negato che il rito di cui al comma 2-*bis* costituisca espressione di un’omogenea evoluzione dell’ordinamento, volta a valorizzare la rilevanza degli interessi al corretto svolgimento della procedura.

Ma resta il dubbio che le determinazioni concernenti la composizione del seggio di gara, le regole formali di svolgimento della procedura, alcune determinazioni riguardanti l’impostazione della procedura selettiva (come la scelta del criterio di valutazione delle offerte) potrebbero incidere immediatamente sugli interessi sostanziali delle parti, in modo molto più vistoso di quanto non accada, ora, per effetto dell’ammissione dei concorrenti, disposta sulla base del mero riscontro delle loro autodichiarazioni.

L’opzione interpretativa della Plenaria, quindi, pone in luce la contraddittorietà dell’attuale disciplina positiva, che impone l’onere di immediata impugnazione soltanto delle ammissioni e delle esclusioni, ma non di altre determinazioni suscettibili di condizionare pesantemente lo sviluppo della gara, orientando le condotte dei concorrenti.

Risulta, poi, difficilmente comprensibile perché nel raggio di azione del comma 2-*bis* non siano inseriti gli atti di ammissione e di esclusione riguardanti aspetti diversi da quelli relativi ai requisiti generali di ammissione e di esclusione, quali l’anomalia dell’offerta o la sua idoneità tecnica.

Va comunque rilevato che, contrariamente a quanto ritenuto da una parte della dottrina, il rito superspeciale comprende anche le controversie sulle ammissioni e sulle esclusioni per ragioni “formali”: tempestiva della domanda di partecipazione, integrità dei plichi, mancanza della sottoscrizione, ecc. Infatti, la disposizione fa riferimento al *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-professionali*. Ora, è evidente che il procedimento di verifica dei tali requisiti conclude la fase di ammissione “preliminare” dei concorrenti, estendendosi, necessariamente, al preventivo controllo della estrinseca idoneità della domanda di partecipazione. Pertanto, anche sotto il profilo strettamente esegetico, risulta evidente che il raggio di azione del comma 2-*bis* si estende anche a tali ipotesi.

L’esperienza del primo biennio ha evidenziato pure le forti criticità della scelta legislativa (fissata già dalla legge delega n. 1/2016) non solo di stabilire l’onere di immediata impugnazione, ma anche quella di prevedere alcune regole processuali *superspeciali*.

Il rito dei commi 2-*bis* e 6-*bis* risulta troppo macchinoso e complicato, secondo regole solo in minima parte giustificate dall’illusione di favorire la rapida chiusura del giudizio. Ma il processo di cui all’art. 120 CPA è già caratterizzato da una velocissima tempistica, sicché l’ambizione di un ulteriore processo puntigliosamente definito nei suoi tempi più accelerati (ma con termini non tutti perentori) è destinata a realizzare risultati modesti e ad alimentare altre incertezze applicative, a cominciare da quella riguardante la possibile sovrapposizione dei riti.

In fondo, la reale esigenza perseguita dal legislatore è quella di imporre l’immediata impugnazione delle altrui ammissioni (o, più raramente, delle altrui esclusioni). Una volta affermata tale regola, il rito di cui all’art. 120 del CPA risulta perfettamente idoneo ad assicurare una tempestiva definizione del contenzioso[[36]](#footnote-36).

Per queste ragioni, è assai discutibile la stessa opportunità di dettare regole dissimili per la decorrenza del termine di ricorso.

Come si è visto, la giurisprudenza ora divenuta prevalente manifesta l’esigenza di seguire un’interpretazione fortemente “*garantista*” nel rito di cui al comma 2-*bis*. Assai spesso la ragione di questo atteggiamento è espressamente collegata alla riscontrata “eccezionalità” della previsione riguardante l’onere di anticipata impugnazione.

Ma delle due, l’una.

1. Se l’impugnazione anticipata del provvedimento recante le ammissioni e le esclusioni è ontologicamente *irragionevole*, la sua giustificazione non può essere recuperata attraverso la previsione di una decorrenza del termine più favorevole al ricorrente.
2. Se, invece, l’onere di impugnazione immediata si collega davvero ad un autonomo interesse sostanziale, leso dal provvedimento di cui al comma 2-*bis*, la decorrenza del termine va disciplinata secondo le regole generali dell’art. 120, nelle coordinate delineate dalla CGUE, che impongono la conoscibilità piena degli atti di gara e della motivazione del provvedimento lesivo.

Resta allora assai forte la sensazione che l’intera impostazione del “rito superspeciale”, anche prescindendo dai profili di legittimità costituzionale ed eurounitaria, si ponga in contrasto con le esigenze di razionale e ordinato svolgimento del contenzioso in materia di contratti pubblici.

Marco Lipari

Presidente di Sezione del Consiglio di Stato

Pubblicato il 17 dicembre 2018

1. Sui problemi generali posti dal rito superspeciale sia consentito rinviare a Lipari M. La tutela giurisdizionale e 'precontenziosa' nel nuovo Codice dei contratti pubblici, in *federalismi.it.* [↑](#footnote-ref-1)
2. Le modifiche apportate dal decreto correttivo n. 56/2017 risultano destinate a risolvere proprio le incertezze interpretative determinate dalla originaria formulazione della disciplina riguardante la decorrenza del termine. È pertanto ragionevole ritenere che esse vadano applicate, retroattivamente, anche alle gare bandite prima della loro formale entrata in vigore. [↑](#footnote-ref-2)
3. Cfr Caponigro, *Le prime criticità nell’applicazione del nuovo codice dei contratti pubblici da parte della giurisprudenza amministrativa*: relazione predisposta per il corso di formazione, in data 5 aprile 2018, su “L’affidamento e l’esecuzione dei contratti pubblici: differenze e punti di contatto con gli appalti privati”, organizzato a Roma, presso il TAR Lazio, dall’Ufficio Studi, massimario e formazione della Giustizia amministrativa, in collaborazione con la Scuola Superiore della Magistratura [↑](#footnote-ref-3)
4. M.A. SANDULLI, *Fonti e principi della giustizia amministrativa*, in *federalismi.it*, rileva come la possibilità di negare la decorrenza del termine a ricorrere nei confronti di un provvedimento del quale non si conosca il contenuto motivazionale può trovare qualche supporto nella direttiva n. 66 del 2007, la quale “*espressamente lega la decorrenza del termine di sospensione dell’efficacia del provvedimento alla comunicazione agli interessati delle informazioni pertinenti che sono loro necessarie per proporre un ricorso efficace, e che devono in particolare comprendere una relazione sintetica dei motivi pertinenti*”. [↑](#footnote-ref-4)
5. Anche Corte Giust., 6 dicembre 1990, in C. 180/88 afferma che “*.. il termine per la presentazione del ricorso può decorrere solo dal momento in cui il terzo interessato ha una conoscenza esatta del contenuto e della motivazione dell'atto di cui trattasi in modo da potere esercitare il proprio diritto di ricorso (sentenza 6 luglio 1988, Dillinger Huettenwerke, punto 14 della motivazione, causa 236/86, Racc. pag. 3761)*”; Corte Giust., Sez. VI, 9 gennaio 1997, in C. 143/95. [↑](#footnote-ref-5)
6. Il [Consiglio di Stato, V, con ordinanza n. 4226 del 11/07/2018](http://www.italiappalti.it/blog-post.html), succintamente motivata, ha ritenuto di sospendere il giudizio in attesa della pronuncia della CGUE. [↑](#footnote-ref-6)
7. “Gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalle direttive 71/305/CEE e 77/62/CEE, le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste negli articoli seguenti, in particolare l’articolo 2, paragrafo 7, in quanto tali decisioni hanno violato il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che recepiscono tale diritto”. [↑](#footnote-ref-7)
8. T.a.r. per la Puglia - Bari, Sez. III, ordinanza 20 giugno 2018, n. 903: Secondo il TAR, è rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 120, comma 2 bis, primo e secondo periodo cod. proc. amm. (comma aggiunto dall’art. 204, comma 1, lettera b) d.lgs n. 50/2016), limitatamente all’onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione, per contrasto con gli artt. 3, comma 1, 24, commi 1 e 2, 103, comma 1, 111, commi 1 e 2, 113, commi 1 e 2 e 117, comma 1 della Costituzione e 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, recepita con legge 4 agosto 1955, n. 848, nella parte in cui onera l’impresa partecipante alla gara ad impugnare immediatamente le ammissioni delle altre imprese partecipanti alla stessa gara, pena altrimenti l’incorrere nella preclusione di cui al secondo periodo della disposizione (“L’omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l’illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale”). [↑](#footnote-ref-8)
9. [TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 2 febbraio 2017, n. 696](https://www.iusexplorer.it/document?id=5281600_0_1_SAU025D02M02Y2017N000000696S08RCMC80100&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwQSsk-LHuadvLcRWXGmrLaPavNGK-Abow.*AAJTSQACMDMAAlNLABQtNTIwMjk2ODQ4NTQ2ODczNjM5OAACUzEAAjAy*), in *l’Amministrativista.it,* con nota di M. MARTINELLI - R. DE ROSE, *Il nuovo rito “super-speciale”: nessun dubbio di costituzionalità e compatibilità con la disciplina euro unitaria?*; [TAR Lazio, Roma, Sez. III, 22 agosto 2017, n. 9379](https://www.iusexplorer.it/document?id=6123972_0_1_SAU025D22M08Y2017N000009379S03RLAC00100&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwQSsk-LHuadvLcRWXGmrLaPavNGK-Abow.*AAJTSQACMDMAAlNLABQtNTIwMjk2ODQ4NTQ2ODczNjM5OAACUzEAAjAy*), [TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 8 gennaio 2018, n. 29](https://www.iusexplorer.it/document?id=7094187_0_1_SAU025D08M01Y2018N000000029S04RLOC20100&ticket=AQIC5wM2LY4SfcwQSsk-LHuadvLcRWXGmrLaPavNGK-Abow.*AAJTSQACMDMAAlNLABQtNTIwMjk2ODQ4NTQ2ODczNjM5OAACUzEAAjAy*). [↑](#footnote-ref-9)
10. Sul tema, in generale, si veda l’accuratissima analisi di S. MARTINO, *Termine decadenza e la sua decorrenza: regole, applicazione, prospettive*, in “*Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*”, Napoli, 2018, 223 e ss. Nello stesso volume si veda il saggio di M. Ramajoli, *Riflessioni critiche sulla ragionevolezza della disciplina dei termini per ricorrere nel processo amministrativo*, pp. 183 e ss.

Un’approfondita analisi delle esperienze negli ordinamenti processuali stranieri è contenuta nel volume *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata* (a cura di G. Falcon e D. de Pretis), Padova, 2011.

Altri interessanti spunti possono ricavarsi in: S. DE PAOLIS, *Le condizioni dell’azione davanti al giudice amministrativo*, in AA.VV., *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di M. A. SANDULLI, Milano, 2013, 374; 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, Siena, in *giustamm.it*.

11 La letteratura sul tema è sterminata. Fra i tanti Autori si vedano: A. REGGIO D’ACI, *La piena conoscenza del provvedimento amministrativo e la decorrenza del termine per la sua impugnazione*, in *Urb. e App*., 11/2007, 1367; F. CEGLIO, *La piena conoscenza e la decorrenza del termine per la proposizione del ricorso*, in *Giorn dir. amm*., 5, 2003, 495; R. DAMONTE, *Conoscenza del provvedimento amministrativo e termini di proposizione del ricorso al Giudice Amministrativo*, in *Riv. giur. edil*., 2000, I, 1135; R. POLITI, *Decorrenza del termine per l’impugnazione del provvedimento in sede giurisdizionale e conoscenza della motivazione dell’atto: spunti di riflessione*, in *T.A.R*., 1999, II, 133; A. CERRETO, *Osservazione sul concetto di piena cognizione ai fini della decorrenza del termine perentorio per ricorrere al Tribunale amministrativo regionale*, in *Foro Amm.*, 1995, 2572; S. BACCARINI, *La comunicazione del provvedimento amministrativo tra prassi e nuove garanzie*, in *Dir. proc. amm*., 1994, I, 8; ID., *Motivazione ed effettività della tutela*, in *giustamm.it*. e in Foro amm. 2007, 3311. [↑](#footnote-ref-10)
11. Ma non deve trascurarsi la regola finale, una vera e propria *valvola di sfogo* del sistema, confermata anche nel vigente codice del processo amministrativo, espressiva del principio del beneficio dell’errore scusabile, che consente di qualificare come tempestivo il ricorso tardivo proposto dalla parte, in presenza di eccezionali circostanze di fatto o di diritto. [↑](#footnote-ref-11)
12. TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 21 febbraio 2017, n. 1038; Id., 6 febbraio 2017, n. 764; Cons. St., Sez. IV, 13 gennaio 2017, n. 65; Id., Sez. VI, 14 giugno 2016, n. 2565; Id., Sez. III, 28 dicembre 2016, n. 5511; TAR Campania, Salerno, Sez. I, 6 aprile 2016, n. 872; Id., Lazio, Roma, Sez. II *ter*, 3 marzo 2016, n. 2809; Id., Umbria, Sez. I, 19 febbraio 2016, n. 122. 15 Cons. St., Sez. V, 13 febbraio 2017, n. 592; Id., 1 agosto 2016, n. 3451.

Nello stesso senso si pone TAR Toscana, Sez. I, 23 gennaio 2017, n. 121, secondo cui “*si deve ritenere che laddove l'amministrazione comunichi l'esistenza del provvedimento sfavorevole, senza comunicarne la motivazione, il destinatario ha una mera facoltà, ma non un onere, di impugnare subito l'atto e poi articolare i motivi aggiunti, ma ben può attendere di conoscere la motivazione dell'atto per valutare se impugnarlo o meno (Cons. Stato, VI, 21.5.2007, n. 2543)*”.Anche in precedenza, il Consiglio di Stato, con decisione della V Sez. 30 aprile 2002 n. 2290, aveva statuito che la decorrenza del termine si lega alla conoscenza della motivazione dell’atto, “*ciò non solo perché gli stessi effetti giuridici dell’atto sono, nella maggior parte dei casi, individuabili soltanto attraverso la lettura della sua motivazione, ma soprattutto perché la sua effettiva* *portata lesiva la sua conseguente illegittimità nono possono essere apprezzate dagli interessati se non mediante la valutazione della sua giustificazione espressa*”. [↑](#footnote-ref-12)
13. Analogamente, Cons. St., Sez. V, 1 agosto 2016, n. 3451; Id., Sez. III, 22 luglio 2016, n. 3308, in *lamministrativista.it*,; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 26 aprile 2016, n. 4760. Sul tema si veda anche la *Rassegna* nell’*Osservatorio sull’applicazione del codice dei contratti pubblici*, in *Foro Amm*., 2014, 9, 2357, nonché. [↑](#footnote-ref-13)
14. Il principio, affermato da Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 1970, n. 523, è stato poi costantemente seguito dalla giurisprudenza successiva. [↑](#footnote-ref-14)
15. In via indiretta, possono assumere notevole importanza le normative speciali, anche regionali, che prevedono regole ad hoc in materia di comunicazione o pubblicazione dei provvedimenti. Si pensi, esemplificativamente, alla normativa della Provincia di Bolzano che prevede l’obbligo di notificare il permesso edilizio ai titolari del diritto di proprietà sugli immobili confinanti con quello oggetto dell’intervento. [↑](#footnote-ref-15)
16. In questa parte, il legislatore italiano ha forse frainteso il significato della normativa europea, la quale aveva indicato in *sei mesi* il termine *minimo* di impugnazione per gli affidamenti diretti.

Nella relazione governativa di accompagnamento, invece, si ipotizza che il termine di sei mesi sia quello “massimo”. Ne deriva una previsione che pur realizzando il fine di assicurare la certezza e stabilità dei rapporti giuridici, penalizza il diritto di difesa della parte, che potrebbe non avere avuto contezza dell’illegittimo affidamento diretto proprio nei casi più gravi di stipulazione senza gara e senza pubblicità. [↑](#footnote-ref-16)
17. M. Ramajoli, op. cit., p. 237, nota 33, ricorda, però, la decisione del TAR Lazio, Sez. II., n. 7032/2016. [↑](#footnote-ref-17)
18. Il correttivo, aggiunge un inciso iniziale al comma 5, che formerà oggetto di analisi nei paragrafi successivi. [↑](#footnote-ref-18)
19. L'art. 79, comma 5, d.lgs. n. 163 del 2006, prevedeva l'obbligo della stazione appaltante di dare tempestiva informazione a ciascun candidato e a ciascun offerente delle decisioni adottate in merito alla conclusione di un accordo quadro, all'aggiudicazione di un appalto o all'ammissione a un sistema dinamico di acquisizione, ivi compresi i motivi dell'eventuale decisione di non concludere o di riavviare la procedura o non attuare il sistema. La norma, poi, imponeva alla stessa stazione appaltante di comunicare tempestivamente e comunque entro 5 giorni (con le modalità espressamente indicate nella medesima disposizione) ai rispettivi interessati (come specificamente individuati dallo stesso articolo) i provvedimenti di aggiudicazione definitiva e di esclusione e la data di avvenuta stipulazione del contratto. Detta “*comunicazione è accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione*” e deve indicare gli uffici e gli orari in cui, nei successivi 10 giorni, senza necessità di specifica richiesta, i medesimi soggetti possono prendere visione ed eventualmente estrarre copia degli atti della procedura. Si prevedeva, dunque un accesso automatico *ex lege* a tutti gli atti di gara (con la sola eccezione di quelli per i quali la stessa comunicazione avesse espressamente indicato il divieto o il differimento dell'accesso), al cui decorso si legava una presunzione legale di conoscenza degli atti messi effettivamente a disposizione nei suddetti uffici ed orari. [↑](#footnote-ref-19)
20. “6-bis. *Nel casi previsti al comma 2-*bis*, il giudizio è definito in una camera di consiglio da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Su richiesta delle parti il ricorso è definito, negli stessi termini, in udienza pubblica. Il decreto di fissazione dell'udienza è comunicato alle parti quindici giorni prima dell'udienza. Le parti possono produrre documenti fino a dieci giorni liberi prima dell'udienza, memorie fino a sei giorni liberi prima e presentare repliche ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista della camera di consiglio, fino a tre giorni liberi prima. La camera di consiglio o l'udienza possono essere rinviate solo in caso di esigenze istruttorie, per integrare il contraddittorio, per proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale. L'ordinanza istruttoria fissa per il deposito di documenti un termine non superiore a tre giorni decorrenti dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della stessa. La nuova camera di consiglio deve essere fissata non oltre quindici giorni. Non può essere disposta la cancellazione della causa dal ruolo. L'appello deve essere proposto entro trenta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della sentenza e non trova applicazione il termine lungo decorrente dalla sua pubblicazione”*. [↑](#footnote-ref-20)
21. Il primo periodo prevede che: “*1. Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'articolo 5, alla composizione della commissione giudicatrice e ai curricula dei suoi componenti ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 53 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 162, devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", con l'applicazione delle disposizioni di cui al* [*decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33*](http://entilocali.leggiditalia.it/#id=10LX0000783063ART0,__m=document)*.*” [↑](#footnote-ref-21)
22. Della stessa Autrice si veda anche *Nuovi ostacoli alla tutela contro la pubblica amministrazione (legge di stabilità 2016 e legge delega sul recepimento delle direttive contratti*, in *www.federalismi.it.* [↑](#footnote-ref-22)
23. L’art. 29, poi, prosegue stabilendo, molto opportunamente, che “*Gli atti di cui al presente comma recano, prima dell'intestazione o in calce, la data di pubblicazione sul profilo del committente.*

Infine, la norma, con formulazione non del tutto chiara, stabilisce 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.*” [↑](#footnote-ref-23)
24. L’art. 29 non chiarisce espressamente se la decorrenza debba collegarsi espressamente anche alla comunicazione del provvedimento. Questa è senz’altro prescritta, ma l’art. 29 non ha adottato una formula diretta a chiarire il rilevo di tale adempimento. Poiché, tuttavia, la comunicazione rappresenta il veicolo necessario attraverso cui attestare la concreta *disponibilità* degli atti del procedimento, si deve ritenere che anche tale adempimento costituisca un presupposto indispensabile della decorrenza del termine di ricorso. [↑](#footnote-ref-24)
25. Come già illustrato, il decreto correttivo ha poi soppresso, perché trasfusa e meglio riformulata nell’art. 29, la previsione del comma 3 dell’art. 76: “*3. Fermo quanto previsto nell'articolo 29, comma 1, secondo e terzo periodo, contestualmente alla pubblicazione ivi prevista è dato 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-professionali, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti.*” [↑](#footnote-ref-25)
26. È dubbio se nel raggio di azione del rito di cui al comma 2-*bis* ricadano anche le esclusioni (o le contestazioni delle ammissioni) motivate in ragione di difetti formali della domanda di partecipazione.

Una tesi molto rigida sostiene che il comma 2-bis riguarda solo la valutazione dei requisiti morali, tecnici, ed economici.

Ma è agevole replicare che la norma fa riferimento alle ammissioni e alle esclusioni disposte “*all’esito della valutazione*”: il subprocedimento di ammissione presuppone logicamente l’esame di ammissibilità “estrinseca” delle domande di partecipazione (anche alla luce delle dettagliata tassonomia indicata dalla Adunanza Plenaria n. 9/2014).

Sarebbe davvero singolare che la disposizione, tradendo la sua finalità semplificatrice del contenzioso, possa interpretarsi nel senso di rimettere in discussione l’intera gara per un vizio *formale* della procedura, compiutamente realizzato nella sua fase inziale, precedente la valutazione delle offerte. [↑](#footnote-ref-26)
27. : “La stazione appaltante, previa verifica della proposta di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 33, comma 1, provvede all'aggiudicazione”. [↑](#footnote-ref-27)
28. Nel caso sottoposto all’attenzione del TAR, la ricorrente aveva contestato la mancata indicazione, da parte dell’aggiudicataria, di un episodio di asserita risoluzione contrattuale per inadempimento, che sarebbe stata disposta a suo carico da una diversa stazione appaltante. Tuttavia tale ipotizzata lacuna della dichiarazione non emergeva dall’esame documentale della domanda di partecipazione e delle dichiarazioni ad essa inerenti. La carenza avrebbe dovuto essere appurata all’esito della verifica svolta dalla stazione appaltante svolge nella fase successiva della procedura, diretta proprio all’accertamento dell’effettivo possesso dei requisiti solo dichiarati al momento della presentazione della domanda di partecipazione. [↑](#footnote-ref-28)
29. Secondo TAR Campania, Napoli, Sez. I, 30 gennaio 2017, n. 644, “*ai fini della decorrenza del termine per proporre ricorso, è sufficiente la percezione dell'esistenza di un provvedimento amministrativo e degli aspetti che ne rendono evidente la immediata e concreta lesività per la sfera giuridica dell'interessato, al fine di garantire l'esigenza di certezza giuridica connessa alla previsione di un termine decadenziale per l'impugnativa degli atti amministrativi, senza che ciò possa intaccare il diritto di difesa in giudizio ed il giusto processo, garantiti invece dalla congruità del termine temporale per impugnare, decorrente dalla conoscenza dell'atto nei suoi elementi essenziali e dalla possibilità di proporre successivi motivi aggiunti*”).

In senso analogo si pongono anche Cons. St., Sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3645; Id., Sez. VI, 14 giugno 2016, n. 2565, secondo cui “*nel processo amministrativo la decorrenza del termine per l'impugnazione deve essere ancorata al momento in cui in concreto si è verificata ed è stata apprezzata la situazione di lesività, atteso che la piena conoscenza del provvedimento causativo non può ritenersi operante oltre ogni limite temporale, atteso che ciò renderebbe l'attività dell'Amministrazione e le iniziative dei controinteressati suscettibili d'impugnazione sine die, in aperta contraddizione con il limite temporale che la legge impone al soggetto di farsi parte diligente*”. [↑](#footnote-ref-29)
30. ##  La pronuncia richiama l’indirizzo secondo cui l'onere di immediata impugnativa dell'altrui ammissione alla procedura di gara senza attendere l'aggiudicazione, previsto dalla trascritta norma, è ragionevolmente subordinato alla pubblicazione degli atti della procedura (Cons. Stato, Sez. III, 26/1/2018, n. 565; [**Consiglio di Stato - sez. III - sentenza n. 1902 del 27 marzo 2018**](https://www.diritto.it/sentenze/consiglio-sez-iii-sentenza-n-1902-del-27-03-2018/)). Tuttavia, la disposizione in parola non implica l’assoluta inapplicabilità del generale principio sancito dagli artt. 41, comma 2 e 120, comma 5, ultima parte, del c.p.a., per cui, in difetto della formale comunicazione dell'atto - o, per quanto qui interessa, in mancanza di pubblicazione dell'atto di ammissione sulla piattaforma telematica della stazione appaltante - il termine decorre, comunque, dal momento dell'intervenuta piena conoscenza del provvedimento da impugnare, ma ciò a patto che l’interessato sia in grado di percepire i profili che ne rendano evidente la lesività per la propria sfera giuridica in rapporto al tipo di rimedio apprestato dall'ordinamento processuale (Cons. Stato, Sez. VI, 13/12/2017, n. 5870).

 [↑](#footnote-ref-30)
31. In questo senso viene inteso il disposto dell’art. 32, l. n. 69 del 2009 (Cons. St., sez. V, 8 maggio 2018, n. 2757 e 27 agosto 2014, n. 4384) e del tutto conforme è la previsione generale contenuta all’articolo 54, comma 4 bis, del Codice dell’amministrazione digitale n. 82 del 2005 secondo cui “la pubblicazione telematica produce effetti di pubblicità legale nei casi e nei modi espressamente previsti dall’ordinamento”.

Per il Consiglio di Stato, i concetti di esecutività e conoscenza legale dell’atto amministrativo non sono coincidenti e automaticamente sovrapponibili (Cons. St., sez. V, 17 novembre 2009, n. 7151) – il che induce a ritenere che la pubblicità funzionale all’acquisizione di esecutività dell’atto non debba necessariamente assolvere anche alla funzione di rendere opponibili ai terzi, ai fini della decorrenza del termine per impugnare, i fatti per i quali cui essa è prevista.

Le norme in tema di pubblicazione telematica degli atti devono essere applicate con particolare cautela e, quindi, sottostare ad un canone di interpretazione restrittiva, in particolare modo nel momento in cui si tratta di determinare (in via interpretativa) gli effetti di conoscenza legale associabili o meno a siffatta tipologia di esternazione comunicativa.

A favore di una regola di cautela depongono plurime considerazioni, riconducibili, essenzialmente: a) alla mancanza di una disposizione di carattere generale in grado di equiparare, nella loro efficacia giuridica, tutte le variegate forme di pubblicità degli atti; b) alla esigenza di garantire, con regole chiare e uniformi, standard tecnici di adeguata e omogenea visibilità dei dati pubblicizzati sui siti telematici, nei diversi settori e ambiti operativi dell’azione pubblica; c) alla constatazione di una diversa propensione al mezzo telematico che si riscontra nei differenti ambiti del diritto pubblico, anche in ragione dell’eterogeneo grado di specializzazione professionale dei soggetti che vi operano e agiscono; d) alla notevole rilevanza degli interessi implicati nella materia in esame, in particolar modo per quanto concerne l’incidenza che la conoscenza legale dell’atto assume ai fini della decorrenza del termine utile per l’impugnazione degli atti soggetti a pubblicità; e) alla conseguenza necessità di privilegiare, in presenza di dubbi esegetici aventi effetti sul regime decadenziale dall’azione impugnatoria, l’opzione meno sfavorevole per l’esercizio del diritto di difesa e, quindi, maggiormente conforme ai principi costituzionali espressi dagli artt. 24, 111 e 113 Cost., nonché al principio di effettività della tutela giurisdizionale. [↑](#footnote-ref-31)
32. Secondo la pronuncia n, 20145, “dall’insieme di tali norme emerge chiaramente che la decorrenza del termine per la proposizione del ricorso ex art. 120, comma 2-bis, c.p.a. è stato ancorato alla pubblicazione del provvedimento recante le ammissioni/esclusioni e non alla comunicazione individuale di quest’ultimo ai concorrenti.

Nel caso di specie, sono stati tempestivamente pubblicati tutti i verbali di gara, ivi compreso quello dell’ultima seduta pubblica del 14.3.2017, verbale in cui è stata riepilogata la posizione di ciascun concorrente, dandosi atto dell’ammissione di tutti e sedici i partecipanti, né vi era necessità di formalizzare le ammissioni/esclusioni in un provvedimento ulteriore.

Pertanto, è irrimediabilmente decorso il termine, con conseguente tardività dell’impugnazione, come stabilito dal TAR, non potendosi, per le ragioni appena dette, farsi decorrere il termine dall’effettivo accesso del 31.8.2017, atteso che la normativa sopravventa era inapplicabile ratione temporis al caso di specie. [↑](#footnote-ref-32)
33. Nel caso di specie, ai fini dell'ammissione, le imprese non avevano dovuto presentare alcuna documentazione tecnica e, pertanto, non erano note le caratteristiche dell'offerta. L'art. 120, comma 2-*bis*, del codice di procedura amministrativa (c.p.a.) vieta di impugnare la proposta di aggiudicazione, assimilabile alla vecchia aggiudicazione provvisoria, ma anche come già prima dell'introduzione di tale disposizione la giurisprudenza considerasse l'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria meramente facoltativa.

Solo con la determinazione di aggiudicazione definitiva, alla quale era allegato il verbale da cui si evincevano le esatte caratteristiche tecniche dell'offerta, che la contro-interessata ha avuto una conoscenza certa della *difformità* dell'offerta stessa.

Si trattava, quindi, di una fattispecie di ammissione o di esclusione non riferibile ai requisiti soggettivi e, quindi, estranea al perimetro applicativo del comma 2-*bis*. [↑](#footnote-ref-33)
34. Il Collegio, quindi, ha dichiarato infondata l'eccezione di tardività, perché dalla documentazione versata in atti emergeva che la P.A. non aveva pubblicato un formale provvedimento di ammissione alla gara sul profilo del committente, con consequenziale inapplicabilità del rito “super-accelerato”, ex art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a. [↑](#footnote-ref-34)
35. In tal senso si pone Cons. Stato, III, 27 aprile 2018 n. 2579, che conferma, sul punto la sentenza breve n. 1078 del 27 novembre 2017 del T.A.R. per il Veneto, Sez. II: “*una diversa interpretazione (…)si porrebbe in contrasto non solo con gli artt. 24 e 113 Cost, ma anche con l’appena richiamato art. 97 Cost., consentendo l’aggiudicazione di una gara sulla base di una determinazione della soglia ottenuta per l’effetto di una ammissione illegittima, tempestivamente impugnata dal concorrente interessato nelle forme e nei tempi dell’art. 120, comma 2-bis, c.p.a.*” [↑](#footnote-ref-35)
36. Si tratterebbe di individuare gli strumenti per assicurare il rispetto puntuale del termine per la celebrazione dell’udienza di discussione e del termine per la pubblicazione della decisione.

La scelta legislativa di prevedere, per le controversie di cui al comma 2-*bis*, il rito in camera di consiglio (salva diversa richiesta delle parti) dovrebbe determinare, nella prassi, una concreta accelerazione, posto che, di norma i ricorsi in camera di consiglio sono fissati anche “fuori sacco”, alla prima udienza utile. [↑](#footnote-ref-36)