La quinta sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza plenaria alcuni quesiti interpretativi diretti a chiarire la disciplina della decorrenza dei termini per l'impugnazione dell'aggiudicazione e degli atti di gara nel c.d. rito appalti.

Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza, 2 aprile 2020, n. 2215 – Pres. Saltelli, Rel. Di Matteo

Giustizia amministrativa – Appalti – Impugnazione degli atti di gara – *Dies a quo* – Deferimento all'Adunanza plenaria

Devono essere rimesse all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato le seguenti questioni:

a) se il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione possa decorrere di norma dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell'art. 29 del D. Lgs. n. 50 del 2016;

b) se le informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del D. Lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati ovvero per accertarne altri consentano la sola proposizione dei motivi aggiunti, eccettuata l'ipotesi da considerare patologica – con le ovvie conseguenze anche ai soli fini di eventuali responsabilità erariale – della omessa o incompleta pubblicazione prevista dal già citato articolo 29;

c) se la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara non sia giammai idonea a far slittare il termine per la impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, che decorre dalla pubblicazione ex art. 29 ovvero negli altri casi patologici dalla comunicazione ex art. 76, e legittima soltanto la eventuale proposizione dei motivi aggiunti, ovvero se essa comporti la dilazione temporale almeno con particolare riferimento al caso in cui le ragioni di doglianza siano tratte dalla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero dalle giustificazioni da questi rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta;

d) se dal punto di vista sistematico la previsione dell'art. 120, comma 5, c.p.a. che fa decorrere il termine per l'impugnazione degli atti di gara, in particolare dell'aggiudicazione dalla comunicazione individuale (ex art. 78 del D. Lgs. n. 50 del 2018) ovvero dalla conoscenza comunque acquisita del provvedimento, debba intendersi nel senso che essa indica due modi (di conoscenza) e due momenti (di decorrenza) del tutto equivalenti ed equipollenti tra di loro, senza che la comunicazione individuale possa ritenersi modalità principale e prevalente e la conoscenza aliunde modalità secondaria o subordinata e meramente complementare;

e) se in ogni caso, con riferimento a quanto considerato in precedenza sub d), la pubblicazione degli atti di gara ex art. 29 del D. Lgs. n. 50 del 2016 debba considerarsi rientrante in quelle modalità di conoscenza aliunde;

f) se idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione debbano considerare quelle forme di comunicazione e pubblicità individuate nella lex specialis di gara e accettate dagli operatori economici ai fini della stessa partecipazione alla procedura di gara (1).

(1) I. – La quinta sezione del Consiglio di Stato rimette all'Adunanza plenaria i cinque quesiti indicati nella massima, relativi alla disciplina dei termini per l'impugnazione dell'aggiudicazione e degli atti di gara nel c.d. rito appalti. In particolare, sono rimesse al vaglio della plenaria le seguenti questioni: se il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione possa decorrere dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, compresi i verbali di gara; se le informazioni previste dall'art. 76 del d.lgs. 19 aprile 2016, n. 50, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati o per accertarne altri, consentano la sola proposizione dei motivi aggiunti, salva la patologica ipotesi della omessa o incompleta pubblicazione prevista dall'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016; se la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara non sia idonea a far slittare il termine per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione e legittimi solo la proposizione di motivi aggiunti ovvero se essa comporti la dilazione temporale, almeno con riferimento alle ipotesi in cui le ragioni di doglianza siano tratte dalla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni da questi rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta; se la previsione dell'art. 120, comma 5, c.p.a., che fa decorrere il termine per l'impugnazione degli atti di gara dalla comunicazione individuale o dalla conoscenza comunque acquisita del provvedimento, debba intendersi nel senso che essa indica due modi di conoscenza e due momenti di decorrenza equivalenti ed equipollenti tra di loro, senza che la comunicazione principale possa ritenersi modalità principale e prevalente e la conoscenza *aliunde* modalità secondaria o subordinata e meramente complementare; se, in ogni caso, la pubblicazione degli atti di gara, ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016, debba considerarsi rientrante tra le modalità di conoscenza *aliunde*; se le forme di comunicazione e pubblicità individuate nella *lex specialis* di gara e accettate dagli operatori economici ai fini della partecipazione alla procedura di gara siano idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione.

II. – La controversia muove da una procedura di gara per l'aggiudicazione del servizio di pulizia in uffici delle società del gruppo GSE di durata quinquennale. La seconda classificata, dopo aver prelevato la determinazione dal Sistema dinamico di acquisizione della pubblica amministrazione *ex* art. 55 del d.lgs. n. 50 del 2016 (29 ottobre) e dopo averne acquisita lettura (30 ottobre), riceveva, via pec, in data 6 novembre, la copia del provvedimento di aggiudicazione. Proponeva quindi ricorso avverso tale atto, notificandolo in data 6 dicembre.

In primo grado, il T.a.r. per il Lazio, sez. III-*ter*, 18 marzo 2019, n. 3552, dichiarava irricevibile il ricorso, rilevando che:

a) l'art. 120, comma 5, c.p.a. deve essere letto in coerenza con i principi di carattere generale sul decorso dei termini di decadenza per l'impugnazione giurisdizionale degli atti e dei provvedimenti amministrativi, che attribuiscono prevalenza alla loro effettiva conoscenza anche rispetto a quella derivante dalla loro comunicazione;
b) secondo la giurisprudenza amministrativa il termine per impugnare i provvedimenti delle procedure di affidamento di appalti pubblici decorre, ai sensi dell'art. 41, comma 2, c.p.a., dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza dell'atto e ciò anche se non siano rispettate le particolari forme di comunicazione di detti provvedimenti previste dall'art. 79 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, perché non è impedita la piena conoscenza degli stessi con altre forme, secondo quanto previsto dall'art. 120 c.p.a.;
c) nel caso di specie era stata fornita prova certa della conoscenza da parte del ricorrente del provvedimento di aggiudicazione.

La sentenza era quindi impugnata dalla seconda classificata.

III. – Il collegio, dopo aver descritto la vicenda processuale e le argomentazioni delle parti, ha osservato quanto segue:

d) i motivi di ricorso proposti richiedono di esaminare una pluralità di questioni che interessano:
    d1) l'esatta individuazione del termine per impugnare il provvedimento di aggiudicazione dei procedimenti di affidamento degli appalti pubblici;
    d2) le forme e le modalità della comunicazione di aggiudicazione e l'ammissibilità della piena ed effettiva conoscenza del provvedimento di aggiudicazione attraverso forme alternative (ed equipollenti) alla comunicazione;
e) sulla questione del *dies a quo* per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, secondo un orientamento giurisprudenziale, occorre distinguere a seconda che l'amministrazione abbia inviato una comunicazione completa ed esaustiva dell'aggiudicazione – nel qual caso il termine di trenta giorni decorre dalla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione – ovvero si sia limitata a rendere noti l'avvenuta aggiudicazione della procedura e il nominativo dell'aggiudicatario – nel qual caso ai fini della decorrenza del termine si deve tener conto della necessità dell'interessato di conoscere gli elementi tecnici dell'offerta dell'aggiudicatario e, in generale, gli atti della procedura di gara per poter

apprezzare compiutamente le ragioni di preferenza della stazione appaltante e verificare la sussistenza di eventuali vizi del suo operato;

f) con riferimento alla rilevanza dell'accesso agli atti della procedura di gara ai fini della decorrenza del termine per impugnare l'aggiudicazione:
   - f1) secondo le previsioni dell'art. 79 del d.lgs. n. 163 del 2006, l'accesso poteva avvenire entro dieci giorni dalla comunicazione mediante visione ed estrazione di copia, senza la necessità di un'apposita istanza e di un formale provvedimento di ammissione, con la conseguenza che la giurisprudenza ha ritenuto che il termine di trenta giorni per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione dovesse essere incrementato di un numero di giorni, massimo dieci, pari a quello necessario per avere piena conoscenza e contezza dell'atto e dei relativi profili di illegittimità, ove questi non fossero oggettivamente evincibili dalla comunicazione di aggiudicazione;
   - f2) qualora la stazione appaltante abbia rifiutato illegittimamente l'accesso o abbia adottato comportamenti dilatori il termine per l'impugnazione non inizia neppure a decorrere e il potere di impugnare non si consuma se non dal momento in cui l'accesso sia effettivamente consentito;
   - f3) tale orientamento ha trovato conferma anche a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, ritenendosi che il rinvio, tuttora contenuto nell'art. 120, comma 5, c.p.a., all'art. 79 del d.lgs. n. 163 del 2006, sia da intendersi, a seguito dell'abrogazione di quest'ultimo, al primo;
   - f4) a causa, tuttavia, del diverso contenuto letterale delle due disposizioni si è affermato che la dilazione temporale, fissata in dieci giorni per l'accesso informale ai documenti di gara *ex* art. 79, comma 5 *quater,* del d.lgs. n. 163 del 2006, debba ora essere ragionevolmente ritenuta in quindici giorni, termine previsto dal comma 2 dell'art. 76 per la comunicazione delle ragioni dell'aggiudicazione su istanza dell'interessato;

g) secondo un diverso e più rigoroso orientamento, per effetto del tenore letterale dell'art. 120, comma 5, c.p.a., il termine per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione è sempre di trenta giorni e decorre in ogni caso dalla ricezione della comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione proveniente dalla stazione appaltante ovvero, in mancanza, dalla conoscenza dell'aggiudicazione che l'interessato abbia comunque acquisito per altra via;
   - g1) la distinzione tra vizi evincibili dal provvedimento comunicato e vizi percepibili *aliunde* ai fini della decorrenza del termine non avrebbe riscontro nel diritto positivo;

g2) la tutela giurisdizionale dei vizi dell'aggiudicazione conosciuti dopo la sua comunicazione è sempre garantita dalla proponibilità dei motivi aggiunti;

h) quanto alle forme e alle modalità della comunicazione di aggiudicazione il termine per l'impugnativa dell'aggiudicazione, secondo la giurisprudenza:

h1) non decorre prima che la comunicazione di questa sia fatta secondo le inderogabili forme del comma 5 *bis* dell'art. 79 del d.lgs. n. 50 del 2016;

h2) decorre, in base alla regola generale fissata dall'art. 41, comma 2, c.p.a., dalla notificazione, comunicazione, o piena conoscenza dell'atto, e ciò anche in mancanza delle particolari forme di comunicazione di detti provvedimenti ai sensi dell'art. 79 cit., perché ciò non impedisce che la loro conoscenza sia acquisita con altre forme, come prevede l'art. 120 c.p.a. che non dispone forme di comunicazione esclusive e tassative;

i) la normativa vigente prevede che:

i1) all'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016, fissando i principi di trasparenza cui devono essere improntate le procedure di affidamento degli appalti pubblici, "*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 di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessione, 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 decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33*", aggiungendo che "*Fatti salvi gli atti a cui si applica l'articolo 73, comma 5, i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente*";

i2) all'art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016: "*Le stazioni appaltanti, nel rispetto delle specifiche modalità di pubblicazione stabilite dal presente codice, informano tempestivamente ciascun candidato e ciascun offerente delle decisioni adottate riguardo alla conclusione di un accordo quadro, all'aggiudicazione di un appalto o all'ammissione di un sistema dinamico di acquisizione, ivi compresi i motivi dell'eventuale decisione di non concludere un accordo quadro o di non aggiudicare un appalto per il quale è stata indetta una gara o di riavviare la procedura o di non attuare un sistema dinamico di acquisizione*"', e al secondo comma: "*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, 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 ella sua domanda di partecipazione; b) ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta ammessa in gara e valutata, le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato l'appalto o delle parti dell'accordo quadro; c) ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta ammessa in gara e valutata, lo svolgimento e l'andamento delle negoziazioni e del dialogo con gli con gli offerenti". Il successivo comma 5 dispone che: "*le stazioni appaltanti comunicano d'ufficio immediatamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni: a) l'aggiudicazione, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione o sono in termini per presentare impugnazione, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera d'invito, se tali impugnazioni non siano state respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva; b) l'esclusione ai candidati e agli offerenti esclusi; c) la decisione di non aggiudicare un appalto ovvero di non concludere un accordo quadro, a tutti i candidati; d) la data di stipula del contratto con l'aggiudicazione, ai soggetti di cui alla lettera a) del presente comma*". Infine, il sesto comma 6 dell'articolo in esame precisa che: "*Le comunicazioni di cui al comma 5 sono fatte mediante posta elettronica certificata o strumento analoga negli Stati membri. Le comunicazioni di cui al comma 5, lettera a) e b), indicano la data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto*";

i3) all'art. 120, comma 5, c.p.a.: "*Per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso, principale e 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*";

j) il codice del 2016, a differenza di quello del 2006, prevede non solo l'obbligo generalizzato di pubblicazione sul profilo del committente di tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatari delle procedure di affidamento degli appalti pubblici, ma anche che, fatti salvi gli atti a cui si applica l'art. 73, comma 5, "*i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente*";

k) l'art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016, pur avendo la stessa *ratio* dell'art. 79 del codice del 2006, non contiene alcuna previsione circa il fatto che quelle comunicazioni facciano decorre il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione, né disciplina la speciale forma di accesso informale;
l) si può dubitare dell'interpretazione dell'art. 120, comma 5, c.p.a., nel senso di ritenere semplicemente sostituito il richiamo all'art. 79 del codice del 2006 con quello all'art. 76 del codice del 2016;
m) dal punto di vista sistematico, secondo il collegio:
   m1) il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre di norma dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, compresi i verbali di gara, in coerenza con la previsione dell'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016;
   m2) le informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati o per accertarne altri, consentono la sola proposizione dei motivi aggiunti, eccettuata l'ipotesi della omessa o incompleta pubblicazione;
   m3) la previsione dell'art. 120, comma 5, c.p.a. che fa decorrere il termine per l'impugnazione degli atti di gara dalla comunicazione individuale o dalla conoscenza comunque acquisita del provvedimento, deve intendersi nel senso che indica due modi di conoscenza e due momenti di decorrenza equivalenti ed equipollenti tra di loro, senza che la comunicazione individuale possa ritenersi modalità principale e prevalente e la conoscenza *aliunde* secondaria o subordinata e meramente complementare;
   m4) in ogni caso, la pubblicazione degli atti di gara, ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016, deve considerarsi rientrante in quelle modalità di conoscenza *aliunde*;
   m5) le forme di comunicazione e pubblicità individuate nella *lex specialis* di gara e accettate dagli operatori economici ai fini della partecipazione alla procedura di gara devono ritenersi idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione;
   m6) rimane il dubbio nelle ipotesi in cui l'esigenza di proporre il ricorso emerga solamente dopo aver conosciuto i contenuti dell'offerta dell'aggiudicatario ovvero anche, come spesso accade, le giustificazioni rese dall'aggiudicatario nell'ambito del sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, documentazione per la quale non è prevista la pubblicazione. In tali casi occorrerà valutare se il termine per l'impugnazione decorra dalla comunicazione dell'aggiudicazione, secondo l'orientamento più rigoroso, ovvero se sia preferibile tener conto del tempo necessario ad accedere alla

documentazione presentata in gara dall'aggiudicatario, specificando se ciò debba avvenire nelle forme dell'art. 76, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 ovvero in quelle dell'accesso ordinario di cui agli artt. 22 ss. l. 7 agosto 1990, n. 241;

n) la soluzione da ultimo descritta, rimessa comunque alla valutazione dell'Adunanza plenaria, appare più coerente con le esigenze di celerità dei procedimenti di aggiudicazione di affidamenti di appalti pubblici e risulta anche rispettosa della disciplina della trasparenza cui è ispirato il nuovo codice dei contratti pubblici e, al contempo, non comprime irragionevolmente la tutela giurisdizionale e assicura ugualmente l'efficacia dei ricorsi giurisdizionali, cui è ispirata la disciplina eurounitaria;

   n1) "*il legislatore vuole che rapidamente sia risolto ogni dubbio sulla legittimità dei provvedimenti assunti nell'ambito di una procedura di evidenza pubblica*";

   n2) "*ma questo esige che sia dato alle parti un dies certus per poter far valere in giudizio le proprie ragioni; il diritto di difesa, altrimenti, resta compresso e il, pur previsto accesso al giudice, meramente simbolico*".

IV. – Per completezza si osserva quanto segue:

o) T.a.r. Puglia, Lecce, ordinanza, 2 marzo 2020, n. 297 (pubblicata in data successiva alla camera di consiglio relativa all'ordinanza in rassegna e non citata nella stessa, oggetto della News US, n. 30 del 16 marzo 2020, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti giurisprudenziali e dottrinali), ha sollevato q.l.c. dell'art. 120, comma 5, c.p.a., nella parte in cui fa decorrere, per il rito appalti, il termine di trenta giorni per la proposizione dei motivi aggiunti dalla ricezione della comunicazione dell'aggiudicazione di cui all'art. 79 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, per contrasto con il diritto di difesa e con il principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost. Alla citata News US si rinvia, in particolare: per l'analisi della dottrina al § d); per la giurisprudenza sulla decorrenza del termine per impugnare gli atti di gara della stazione appaltante anche in caso di proposizione di istanza di accesso al § e); per la giurisprudenza sulla decorrenza del termine per impugnare gli atti nel c.d. rito appalti e nel processo amministrativo in generale ai §§ f), g), h); per l'analisi della dottrina e della giurisprudenza sulla disciplina dei motivi aggiunti nel c.p.a. al § i);

p) inopinatamente il legislatore non ha ancora coordinato e aggiornato la disciplina contenuta nell'art. 120 c.p.a. al nuovo codice dei contratti pubblici del 2016, ingenerando una situazione di grave confusione;

q) sulla decorrenza del termine per impugnare i provvedimenti delle procedure di affidamento di appalti pubblici si vedano:

q1) in generale, sul rapporto con la regola della piena conoscenza dell'atto prevista dall'art. 41 c.p.a., Cons. Stato, sez. III, 14 giugno 2017, n. 2925 (in *Foro amm.*, 2017, 1227), secondo cui "*Nel processo amministrativo il termine per impugnare i provvedimenti adottati nelle procedure di affidamento di contratti pubblici decorre, in base alla regola generale fissata dall'art. 41 2° comma, c.p.a., dalla notificazione, comunicazione, o piena conoscenza dell'atto, e ciò anche in mancanza delle particolari forme di comunicazione di detti provvedimenti ai sensi dell'art. 79, d.leg. 12 aprile 2006, n. 163, perché tale circostanza non impedisce che la conoscenza degli stessi, cui comunque l'art. 120, c.p.a. fa riferimento testuale, sia acquisita con altre forme; in sostanza il cit. art. 120, 5° comma, cpa, non prevedendo forme di comunicazione esclusive e «tassative», non incide sulle regole processuali generali del processo amministrativo, con riferimento alla possibilità che la piena conoscenza dell'atto, al fine del decorso del termine di impugnazione, sia acquisita conforme diverse da quelle del cit. art. 79*";

q2) nel senso che ai fini della decorrenza del termine sia necessario che l'interessato conosca gli elementi tecnici dell'offerta e gli atti di gara si vedano: Cons. giust. amm. reg. sic., 8 giugno 2017, n. 274 (in *Foro amm.*, 2017, 1339), secondo cui "*La decorrenza del termine di impugnazione dalla ricezione della comunicazione dell'aggiudicazione è una norma processuale, stabilita dall'art. 120, 5° comma, c.p.a., che nessuna legge di gara può disattendere, non essendo la materia nella disponibilità delle stazioni appaltanti, pertanto, una clausola del bando che prevedesse un diverso termine dovrebbe dichiararsi radicalmente nulla, per difetto assoluto di attribuzione, ai sensi dell'art. 21 septies della l. n. 241 del 1990*"; Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2017, n. 1953 (in *Foro amm.*, 2017, 845), secondo cui "*Nelle gare pubbliche, ai sensi dell'art. 79 5° e 5 °bis comma, d.leg. 12 aprile 2006, n. 163, il termine per l'impugnativa avverso l'aggiudicazione non decorre prima che la comunicazione di questa sia fatta secondo le inderogabili forme del 5° comma bis, e cioè con il corredo della relativa motivazione, a sua volta espressa attraverso gli elementi di cui al 2° comma lett. c)*"; Cons. Stato, sez. V, 13 febbraio 2017, n. 592 (in *Foro amm.*, 2017, 306; *Appalti & Contratti*, 2017, fasc. 3, 88), secondo cui "*In base al combinato disposto dell'art. 79, 5º e 5º comma bis, d.leg. 12 aprile 2006 n. 163, nelle gare pubbliche il termine per l'impugnativa avverso l'aggiudicazione non decorre dalla comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione di cui al succitato 5º comma, lett. a), bensì dal momento in cui, ai sensi del successivo 5º comma bis, la stazione appaltante comunica in modo pieno la motivazione dell'aggiudicazione e, in particolare, gli elementi di cui al 2º comma, lett. c); ciò comporta che per un verso le concorrenti lese dall'aggiudicazione vengono onerate del compito di proporre impugnativa entro un termine particolarmente breve (pari*

ad appena trenta giorni) mentre per altro verso il termine a quo per l'impugnativa viene fatto decorrere dal momento in cui le stesse dispongono di informazioni adeguatamente dettagliate in ordine alle caratteristiche dell'offerta dell'aggiudicataria, e ciò all'evidente fine di evitare che le imprese, lese dall'aggiudicazione, si trovino in condizione di dover impugnare un provvedimento di aggiudicazione del quale non conoscano le caratteristiche effettive e in relazione al quale non siano in grado di articolare difese compiute"; Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2016, n. 4916 (in *Appalti & Contratti*, 2016, fasc. 12, 97); Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2016, n. 408 (in *Foro amm.*, 2016, 309), secondo cui "*In materia di appalti pubblici, ai sensi dell'art. 120, 5º comma, c.p.a., il ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva di regola deve essere proposto nel termine di trenta giorni, decorrente dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 79 d.leg. 12 aprile 2006 n. 163, accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione contenente almeno gli elementi di cui al 2º comma, lett. c), dello stesso art. 79; di conseguenza, nel caso di comunicazione incompleta, la conoscenza utile ai fini della decorrenza del termine, coincide con la cognizione, acquisita in sede di accesso, degli elementi oggetto della comunicazione dell'art. 79, senza che sia necessaria l'estrazione delle relative copie*";

q3) sulla decorrenza del termine in caso di accesso agli atti in relazione all'art. 79 del d.lgs. n. 163 del 2006, si vedano, tra le altre: Cons. Stato, 27 aprile 2017, n. 1953, cit.; Cons. Stato, sez. V, 13 febbraio 2017, n. 592, cit.; Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2015, n. 864 (in *Appalti & Contratti*, 2015, fasc. 3, 76); Cons. Stato, sez. III, 28 agosto 2014, n. 4432 (in *Appalti & Contratti*, 2014, fasc. 9, 70), secondo cui "*Va condiviso il principio interpretativo, sostenuto dal consiglio di stato, sez. VI, nell'ord. n. 790 dell'11 febbraio 2013, secondo cui il termine di trenta giorni per l'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione non decorre sempre dal momento della comunicazione, di cui al 2º e 5º comma dell'art. 79, d.leg. n. 163/2006, ma può essere «incrementato di un numero di giorni pari a quello necessario affinché il soggetto (che si ritenga) leso dall'aggiudicazione possa avere piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di illegittimità (laddove questi non fossero oggettivamente evincibili dalla richiamata comunicazione e - comunque - entro il limite dei dieci giorni che il richiamato 5º comma quater fissa per esperire la particolare forma di accesso - semplificato ed accelerato - ivi disciplinata»*";

q4) sulla decorrenza del termine in caso di rifiuto della p.a. di consentire l'accesso, si vedano, tra le altre: Cons. Stato, sez. III, 21 marzo 2016, n. 1143 (in *Foro amm.*, 2016, 560), secondo cui "*Nelle pubbliche gare d'appalto il c.d. termine breve per l'impugnazione degli atti e/o provvedimenti che non siano stati*

trasmessi unitamente alla comunicazione della decisione di aggiudicazione e che costituiscono oggetto dell'accesso (id est: degli atti non immediatamente conosciuti in occasione della comunicazione dell'intervenuta aggiudicazione) può essere incrementato, al massimo, di dieci giorni fermo restando che se la p.a. rifiuta illegittimamente di consentire l'accesso, il termine non inizia a decorrere, gli atti non visionati non si consolidano ed il potere di impugnare, dell'interessato pregiudicato da tale condotta amministrativa, non si consuma"; Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2015, n. 4144 (in *Appalti & Contratti*, 2015, fasc. 9, 72); Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2015, n. 2274 (in *Guida al dir*., 2015, fasc. 24, 86, con nota di MASARACCHIA), secondo cui "*Nella materia degli appalti pubblici, nel caso in cui il concorrente escluso proponga ricorso avverso il provvedimento di esclusione, egli è poi onerato di proporre il ricorso per motivi aggiunti (per denunciare vizi già maturati al tempo in cui l'atto in questione è stato adottato) entro l'ulteriore termine di trenta giorni che decorre dal momento in cui ha avuto piena conoscenza degli altri atti endoprocedimentali dai quali si possono desumere le ulteriori doglianze e comunque non oltre il termine di quaranta giorni dalla comunicazione del provvedimento di esclusione; quest'ultimo termine si ottiene sommando quello di dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento di esclusione nel quale è consentito l'accesso semplificato e accelerato agli atti ai sensi dell'art. 79, 5º comma quater, d.leg. 163/2006, sempre che l'amministrazione ovviamente ottemperi tempestivamente all'istanza di accesso; analoga disciplina si applica, a fortiori, per l'ipotesi di impugnazione del provvedimento di aggiudicazione*"; Cons. Stato, sez. III, 7 gennaio 2015, n. 25 (in *Urbanistica e appalti*, 2015, 1059, con nota di TIMO; *Giur. it*., 2015, 698, con nota di SCOCA; *Ragiusan*, 2015, fasc. 374, 95); Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 2014, n. 1250 (in *Foro amm*., 2014, 818). Sulla conferma di tale orientamento anche a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, ritenendosi che il rinvio, tuttora contenuto nell'art. 120, comma 5, c.p.a., all'art. 79 del d.lgs. n. 163 del 2006 sia da intendersi, a seguito dell'abrogazione di quest'ultimo, al primo, si vedano: Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 2019, n. 3879 (in *Appalti & Contratti*, 2019, fasc. 7, 66); Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2018, n. 6725 (in *Foro amm*., 2018, 1938);

q5) sempre con riferimento al rapporto tra diritto di accesso e termine per impugnare gli atti della procedura di gara, con riferimento al codice del 2016 e, precisamente, nel senso che il diverso tenore letterale delle due disposizioni (art. 79 d.lgs. n. 163 del 2006 e art. 76 d.lgs. n. 50 del 2016) comporti che la dilazione temporale debba essere ragionevolmente intesa in quindici giorni, termine previsto dall'art. 76, comma 2, per la comunicazione

delle ragioni dell'aggiudicazione su istanza dell'interessato si vedano: Cons. Stato, sez. V, 20 settembre 2019, n. 6251 (in *Guida al dir*., 2019, fasc. 42, 98, con nota di PONTE; *Comuni d'Italia*, 2019, fasc. 9, 77; *Gazzetta forense*, 2019, 805), secondo cui "*Ai sensi dell'art. 120 c.p.a., ai fini della decorrenza del termine per impugnare gli atti di gara la stazione appaltante non è più obbligata, nella comunicazione d'ufficio dell'avvenuta aggiudicazione, a esporre le ragioni di preferenza dell'offerta aggiudicata, ovvero, in alternativa, ad allegare i verbali della procedura; tuttavia, il termine di trenta giorni per l'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione non decorre sempre dal momento della comunicazione ma può essere incrementato di un numero di giorni pari a quello necessario affinché il soggetto (che si ritenga) leso dall'aggiudicazione possa avere piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di illegittimità ove questi non siano oggettivamente evincibili dalla richiamata comunicazione*"; Cons. Stato, sez. V, 13 agosto 2019, n. 5717 (in *Appalti & Contratti*, 2019, fasc. 9, 82), secondo cui "*Secondo i principi di effettività della tutela giurisdizionale, così come enucleati anche dalla giurisprudenza della corte di giustizia dell'Unione europea, qualora la stazione appaltante rifiuti illegittimamente di consentire l'accesso (ovvero, in qualunque modo tenga una condotta di carattere dilatorio), il potere d'impugnare non si consuma con il decorso del termine di legge, ma è incrementato del numero di giorni necessari per poter acquisire i documenti stessi, così che il termine di trenta giorni per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione non decorre sempre dal momento della comunicazione, ma può essere incrementato di un numero di giorni pari a quello necessario affinché il soggetto (che si ritenga) leso dall'aggiudicazione possa avere piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di illegittimità ove questi non siano oggettivamente evincibili dalla comunicazione*";

q6) sulla decorrenza del termine: in caso di invio della comunicazione al domicilio o all'indirizzo di posta elettronica indicato negli atti di gara (da intendersi come ragionevole presunzione non solo dell'avvenuta conoscenza da parte del destinatario di quegli atti e del loro contenuto, ma anche del fatto che tale conoscenza si sia verificata direttamente in capo alla parte e non al suo difensore) Cons. Stato, sez. V, 22 maggio 2015, n. 2570 (in *Foro amm.*, 2015, 1418); sulla inidoneità, ai fini della decorrenza del termine, della pubblicazione della delibera di aggiudicazione all'albo pretorio, Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2016, n. 4916 (in *Appalti & Contratti*, 2016, fasc. 12, 97);

r) nella giurisprudenza europea, sulla decorrenza del termine in relazione alla conoscenza o alla conoscibilità della violazione di disposizioni:

r1) Corte di giustizia UE, 14 febbraio 2019, C-54/18, *Soc. coop. animaz. Valdocco* (in *Foro it.*, 2019, IV, 431, con nota di CONDORELLI; *Urbanistica e appalti*, 2019, 175, con nota di GROSSI; *Giur. it.*, 2019, 1168, con nota di GALLO; *Rass. avv. Stato*, 2018, fasc. 4, 27; *Riv. giur. edilizia*, 2019, I, 276; *Riv. giur. edilizia*, 2019, I, 485, con nota di TAGLIANETTI; *Foro amm.*, 2019, 187; oggetto della News US, n. 26 del 25 febbraio 2019, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti, spec. § o), secondo cui, tra l'altro, "*La direttiva 89/665/Cee del consiglio, 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2014/23/Ue del parlamento europeo e del consiglio, 26 febbraio 2014, e in particolare i suoi art. 1 e 2 quater, letti alla luce dell'art. 47 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che prevede che i ricorsi avverso i provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici recanti ammissione o esclusione dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici debbano essere proposti, a pena di decadenza, entro un termine di trenta giorni a decorrere dalla loro comunicazione agli interessati, a condizione che i provvedimenti in tal modo comunicati siano accompagnati da una relazione dei motivi pertinenti tale da garantire che detti interessati siano venuti o potessero venire a conoscenza della violazione del diritto dell'Unione dagli stessi lamentata*"; "*La direttiva 89/665/Cee, come modificata dalla direttiva 2014/23/Ue, e in particolare i suoi art. 1 e 2 quater, letti alla luce dell'art. 47 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che prevede che, in mancanza di ricorso contro i provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici recanti ammissione degli offerenti alla partecipazione alle procedure di appalto pubblico entro un termine di decadenza di trenta giorni dalla loro comunicazione, agli interessati sia preclusa la facoltà di eccepire l'illegittimità di tali provvedimenti nell'ambito di ricorsi diretti contro gli atti successivi, in particolare avverso le decisioni di aggiudicazione, purché tale decadenza sia opponibile ai suddetti interessati solo a condizione che essi siano venuti o potessero venire a conoscenza, tramite detta comunicazione, dell'illegittimità dagli stessi lamentata*";

r2) Corte di giustizia UE, sez. V, 12 marzo 2015, C-538/13, *eVigilio Ltd* (in *Urbanistica e appalti*, 2015, 893, con nota di VIVANI; *Guida al dir.*, 2015, fasc. 16, 92 (m), con nota di PONTE; *Nuovo notiziario giur.*, 2016, 615, con nota di BARBIERI) secondo cui solo nel caso in cui il concorrente si sia trovato nella

impossibilità di presentare un ricorso avverso le condizioni di gara perché queste ultime erano incomprensibili, gli è consentito di proporre ricorso nei termini perentori fissati per la impugnazione della aggiudicazione;

r3) Corte di giustizia UE, 8 maggio 2014, C-161/13 (in *Giurisdiz. amm*., 2013, ant., 961; *Urbanistica e appalti*, 2014, 1021, con nota di DE NICTOLIS; *Nuovo notiziario giur*., 2015, 205, con nota di BARBIERI), secondo cui "*Gli art. 1, par. 1 e 3, nonché 2 bis, par. 2, ultimo comma, direttiva 92/13/Cee del Consiglio, del 25 febbraio 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, come modificata dalla direttiva 2007/66/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, devono essere interpretati nel senso che il termine per la proposizione di un ricorso di annullamento contro la decisione di aggiudicazione di un appalto deve iniziare nuovamente a decorrere qualora sia intervenuta una nuova decisione dell'amministrazione aggiudicatrice, adottata dopo tale decisione di aggiudicazione ma prima della firma del contratto e che possa incidere sulla legittimità di detta decisione di attribuzione; tale termine inizia a decorrere dalla comunicazione agli offerenti della decisione successiva o, in assenza di detta comunicazione, dal momento in cui questi ultimi ne hanno avuto conoscenza; nel caso in cui un offerente abbia conoscenza, dopo la scadenza del termine di ricorso previsto dalla normativa nazionale, di un'irregolarità asseritamente commessa prima della decisione di aggiudicazione di un appalto, il diritto di ricorso contro tale decisione gli è garantito soltanto entro tale termine, salvo espressa disposizione del diritto nazionale a garanzia di tale diritto, conformemente al diritto dell'Unione*".