Il T.a.r. per la Puglia, Lecce, solleva d'ufficio questione di legittimità costituzionale 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.

T.a.r. per la Puglia, Lecce, ordinanza, 2 marzo 2020, n. 297 – Pres. d'Arpe, Est. Abbate

Giustizia amministrativa – Appalti – Motivi aggiunti – *dies a quo* – Questione non manifestamente infondata di costituzionalità

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 120, comma 5, c.p.a., nella parte in cui fa decorrere il termine di trenta giorni per la proposizione dei motivi aggiunti dalla ricezione della comunicazione dell'aggiudicazione di cui all'art. 79 del d.lgs. n. 163 del 2006, per contrasto con il diritto di difesa e il principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost. (1)

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna il T.a.r. per la Puglia, Lecce, solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 120, comma 5, c.p.a. nella parte in cui fa decorrere, nel c.d. "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. in quanto, equiparando il termine per la proposizione dei motivi aggiunti a quello per la proposizione del ricorso, impedisce di fatto la tutela giurisdizionale della parte ricorrente avverso i vizi di legittimità del provvedimento di aggiudicazione rivelati dagli atti e dai documenti successivamente conosciuti.

II. – Nel caso esaminato dal collegio, la società ricorrente, mandataria dell'A.T.I. – classificata al secondo posto della graduatoria finale di una gara indetta per l'affidamento di appalto avente ad oggetto i servizi relativi alla gestione e manutenzione del sistema informativo comunale e dei connessi servizi di supporto agli uffici comunali – aveva tra l'altro impugnato la graduatoria finale della procedura. Proponeva quindi motivi aggiunti, formulando nuove censure avverso i provvedimenti già gravati e impugnando la determina dirigenziale recante la consegna in via d'urgenza dei servizi all'aggiudicataria contro interessata. La parte resistente eccepiva l'irricevibilità dei motivi aggiunti proposti da parte ricorrente.

III. – Il collegio, dopo aver descritto la vicenda processuale sottesa e nel sollevare d'ufficio la questione di legittimità costituzionale riportata in massima, ha osservato quanto segue:

a) con riferimento alla non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità, per contrasto con il diritto di difesa e con il principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost.,

   a1) ai sensi dell'art. 120, comma 5, c.p.a. "*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*";

   a2) i motivi aggiunti rappresentano lo strumento processuale atto a contestare la legittimità di atti o vizi ulteriori, non conosciuti al momento della proposizione del ricorso e la cui successiva conoscenza è spesso riconducibile all'esercizio del diritto di accesso;

   a3) il citato art. 120, comma 5, c.p.a., nella parte in cui fa decorrere il termine di trenta giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione di cui all'art. 79 d.lgs. n. 163 del 2006 anche per la proposizione di motivi aggiunti, si pone in contrasto con il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. che, inteso nella sua piena effettività, impone di collegare la decorrenza del termine di decadenza per adire il giudice alla concreta possibilità di esercitare consapevolmente il diritto di azione e, nel caso in esame, alla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza degli atti e dei vizi ulteriori, non conosciuti al momento della proposizione del ricorso;

   a4) l'art. 79 del d.lgs. n. 163 del 2006: imponeva alla stazione appaltante di comunicare entro 5 giorni agli interessati i provvedimenti di aggiudicazione definitiva, di esclusione e la data di avvenuta stipulazione del contratto; prevedeva che detta comunicazione è accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione contenente almeno le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto o delle parti dell'accordo quadro; stabiliva che la comunicazione 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, prevedendo, dunque, un accesso automatico *ex lege* a tutti gli atti di gara, al cui decorso si legava una presunzione legale di conoscenza degli atti e dei documenti messi a disposizione nei suddetti uffici ed orari;

a5) la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto, per ovviare alla rigida applicazione dell'art. 120, comma 5, c.p.a., sotto il vigore del citato art. 79, comma 5, d.lgs. n. 163 del 2006, che, nel caso in cui la possibilità di conoscere i contenuti dell'offerta dell'aggiudicatario sia derivata solo dall'accesso agli atti, i motivi aggiunti possano essere proposti nell'ulteriore termine di decadenza che può essere al massimo di dieci giorni, per vizi rilevati dagli atti e documenti successivamente conosciuti attraverso l'accesso agli atti;

a6) tale orientamento giurisprudenziale ha trovato applicazione anche dopo l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, d.lgs. 12 aprile 2016, n. 50, con la differenza che la dilazione temporale, che prima era fissata nei dieci giorni previsti per l'accesso informale ai documenti di gara decorrenti dalla comunicazione del provvedimento, è stata fissata nei quindici giorni previsti dall'art. 76, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016, che non prevede una procedimentalizzazione dell'accesso agli atti di gara e dei tempi entro cui tale accesso è consentito, ma la comunicazione delle ragioni dell'aggiudicazione su istanza dell'interessata. In particolare si prevede che "*Su richiesta scritta dell'offerente e del candidato interessato, l'amministrazione aggiudicatrice comunica immediatamente e comunque entro quindici giorni dalla ricezione della richiesta: (…) 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*";

a7) nonostante gli sforzi della giurisprudenza amministrativa per interpretare l'art. 120, comma 5, c.p.a. in senso conforme alla Costituzione, la norma in questione, nella parte in cui disciplina la decorrenza del termine per la proposizione dei motivi aggiunti, a causa del proprio univoco tenore letterale, che non ammette eccezioni, e dei correlati e definitivi effetti preclusivi/decadenziali, non sfugge ai prospettati forti dubbi di incostituzionalità per violazione del diritto di difesa e del principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost.;

a8) se è vero che il giudice deve interpretare le leggi in conformità ai principi costituzionali, nel senso di scegliere tra i vari significati dell'enunciato linguistico quello conforme alla "lettera" e allo "spirito" della Costituzione, tuttavia questi non può travalicare il senso letterale delle parole, finendo altrimenti con il disapplicare il testo normativo;

a9) i dubbi di costituzionalità non possono essere superati in via interpretativa neanche ritenendo che il rinvio che l'art. 120, comma 5, c.p.a. fa all'art. 79 del d.lgs. n. 163 del 2006 sia un rinvio mobile all'art. 76, comma 2, d.gs. n. 50 del

2016, che prevede la comunicazione delle ragioni dell'aggiudicazione su istanza dell'interessato, in quanto: il tenore letterale della disposizione è chiaro nel richiamare l'articolo del codice del 2006; tale interpretazione farebbe decorrere il termine di proposizione del ricorso e dei motivi aggiunti solo a partire dal momento in cui l'interessato abbia avuto cognizione degli atti della procedura a seguito di una sua, eventuale, istanza di accesso, anziché dalla comunicazione d'ufficio dell'aggiudicazione prescritta dall'art. 79, comma 5, d.lgs. n. 163 del 2006, con gli effetti di rendere superfluo lo strumento dei motivi aggiunti e di porsi in radicale contrasto con la previsione del rito speciale accelerato in materia di appalti pubblici;

b) non può operare nel caso di specie neanche la disapplicazione delle norme interne in contrasto con il diritto europeo:
   - b1) la norma sembra porsi in contrasto anche con i principi di effettività del ricorso giurisdizionale nella materia degli appalti pubblici delineata dalla Corte di giustizia UE,
   - b2) ma manca una norma processuale unitaria *self executing* che possa trovare applicazione in luogo della norma interna da disapplicare;
   - b3) le direttive ricorsi non hanno formalmente individuato un preciso momento a partire dal quale gli ordinamenti nazionali devono garantire la possibilità di proporre ricorso contro le decisioni adottate dalle stazioni appaltanti. Pertanto, gli Stati membri possono liberamente stabilire le modalità processuali per la contestazione delle decisioni adottata durante la procedura di gara, anche mediante la fissazione di termini decadenziali 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 impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività);

c) sulla rilevanza della questione di costituzionalità, nell'ipotesi in cui l'art. 120, comma 5, c.p.a. non dovesse essere dichiarato incostituzionale, i motivi aggiunti proposti dalla parte ricorrente risulterebbero irricevibili per tardività.

IV. – Per completezza si segnala quanto segue:

d) per una impostazione difforme da quella seguita nella rimessione in oggetto: R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, Bologna, 2020, 2105 ss.;

e) sulla decorrenza del termine per impugnare gli atti di gara della stazione appaltante, anche in caso di proposizione di istanza di accesso si vedano:

e1) Cons. Stato, sez. V, 20 settembre 2019, n. 6251 (in *Guida al dir*., 2019, fasc. 42, 98, con nota di PONTE), 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*";

e2) 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*";

f) nel c.d. "rito appalti", nel senso della decorrenza del termine per impugnare dalla comunicazione si veda Cons. Stato, sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143 (in *Foro it*., 2015, III, 65, con nota di TRAVI, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti; *Riv. neldiritto*, 2015, 837, con nota di PINCINI; *Riv. trim. appalti*, 2015, 299, con nota di BARBIERI; *Guida al dir*., 2015, fasc. 7, 82, con nota di MASARACCHIA; *Foro amm*., 2015, 1935, con nota di PEIRONE; *Giornale dir. amm*., 2016, 78 (m), con nota di BARMANN), secondo cui, tra l'altro: "*È tardivo il ricorso proposto contro l'aggiudicazione di un appalto, che si assume essere stata viziata da condotte penalmente rilevanti, se sia intervenuto dopo la decorrenza del termine di trenta giorni dall'aggiudicazione, e cioè solo nel momento in cui è stata data notizia delle indagini penali*". La quarta sezione applica pedissequamente l'indirizzo secondo cui il termine per il ricorso decorre dalla c.d. piena conoscenza dell'atto impugnato e la conoscenza successiva del vizio dell'atto può solo giustificare la presentazione dei c.d. motivi aggiunti. Per un'analisi critica di questo indirizzo, cfr. RAIMONDI, *La*

«piena conoscenza» ai fini della decorrenza del termine per ricorrere, relazione al convegno «*Il cittadino e la pubblica amministrazione*» (Giornate di studi in onore di Guido Corso, Palermo 12-13 dicembre 2014), che ha rilevato come le conclusioni della giurisprudenza siano incoerenti con la garanzia costituzionale del diritto d'azione e, nella misura in cui imporrebbero di proporre un ricorso «al buio», non fondato sulla possibilità di dedurre censure effettive, risultino in contrasto con altri principî basilari del processo amministrativo;

g) sulla decorrenza del termine per la notificazione della domanda impugnatoria nel processo amministrativo, si vedano:

   g1) Cons. Stato, Ad. plen., 27 febbraio 2019, n. 4 (in *Foro it*., 2019, III, 181; *Guida al dir*., 2019, fasc. 14, 76, con nota di PONTE; *Foro amm*., 2019, 197, nonché oggetto della News US, n. 27 del 4 marzo 2019, alla quale si rinvia, spec. § n) e n. 5, secondo cui, tra l'altro "*Il termine per impugnare il provvedimento amministrativo decorre dalla piena conoscenza dell'atto e dei suoi effetti lesivi e non assume alcun rilievo, al fine di differire il dies a quo di decorrenza del termine decadenziale, l'erroneo convincimento soggettivo dell'infondatezza della propria pretesa. Deve, pertanto, escludersi, che il sopravvenuto annullamento giurisdizionale di un atto amministrativo possa giovare ai cointeressati che non abbiano tempestivamente proposto il gravame e per i quali, pertanto, si è già verificata una situazione di inoppugnabilità, con conseguente "esaurimento" del relativo rapporto giuridico*";

   g2) A. TRAVI, nota di richiami a Cons. Stato, Ad. plen., 27 febbraio 2019, n. 4, *cit.* (alla quale si rinvia per ulteriori riferimenti giurisprudenziali) secondo cui per la giurisprudenza amministrativa la decorrenza del termine per l'impugnazione dei provvedimenti amministrativi non può essere subordinata alle convinzioni dei destinatari della illegittimità dell'attività amministrativa, ma dipende solo dalla piena conoscenza del provvedimento lesivo. Di conseguenza anche una sentenza che accerti l'illegittimità di un atto amministrativo non comporta una nuova decorrenza del termine per il ricorso. In particolare: secondo l'indirizzo prevalente in giurisprudenza la piena conoscenza dell'atto amministrativo, da cui decorre il termine per l'impugnazione, si identifica con la percezione dell'esistenza di quell'atto, del suo contenuto essenziale e della sua portata lesiva per il potenziale ricorrente: rispetto a questa situazione è irrilevante la percezione dei vizi dell'atto stesso; secondo altro indirizzo giurisprudenziale la nozione di piena conoscenza richiede una conoscenza minima dell'atto tale da consentire di percepire l'illegittimità di esso;

g3) Cons. Stato, Ad. plen., 20 dicembre 2017, n. 11 (in *Foro amm*., 2017, 2365, nonché oggetto della News US in data 29 dicembre 2017, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), secondo cui "*Il termine per impugnare il provvedimento amministrativo decorre dalla piena conoscenza dell'atto e dei suoi effetti lesivi e non assume alcun rilievo, al fine di differire il dies a quo di decorrenza del termine decadenziale, l'erroneo convincimento soggettivo dell'infondatezza della propria pretesa; deve, pertanto, escludersi, fatta eccezione per l'ipotesi degli atti plurimi con effetti inscindibili, che il sopravvenuto annullamento giurisdizionale di un atto amministrativo possa giovare ai cointeressati che non abbiano tempestivamente proposto il gravame e, per i quali, pertanto, si è già verificata una situazione di inoppugnabilità, con conseguente "esaurimento" del relativo rapporto giuridico*";

h) sulla giustificata rigidità del termine per impugnare nel "rito appalti" e sulla eccezionalità del beneficio dell'errore scusabile si veda Cons. Stato, Ad. plen., 27 luglio 2016, n. 22 (in *Foro it*., 2017, III, 66; *Dir. proc. amm*., 2017, 246, con nota di LATTANZI; *Riv. amm*., 2017, 254, nonché oggetto della News US del 25 agosto 2016, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), secondo cui "*Dev'essere concesso il beneficio della rimessione in termini per errore scusabile, ai sensi dell'art.37 del c.p.a., in favore dell'impresa ricorrente che ha notificato il ricorso avverso l'affidamento di una concessione dopo la scadenza del termine di decadenza di trenta giorni previsto dall'art.120, comma 5, c.p.a. (ma nel rispetto di quello, ordinario, di sessanta giorni)*";

i) sulla disciplina dei motivi aggiunti nel nuovo codice del processo amministrativo, si vedano, tra le altre:

   i1) Cons. Stato, sez. V, 29 novembre 2017, n. 5596, spec. § 13.1 ss., alla quale si rinvia anche per una ricostruzione dell'istituto dei motivi aggiunti;

   i2) Cons. Stato, sez. IV, 6 febbraio 2017, n. 482, secondo cui, tra l'altro: se, nel processo amministrativo, i motivi aggiunti sono consentiti al fine di integrare i profili di censura dell'originario ricorso con la denuncia di nuovi vizi del provvedimento con esso impugnato (vizi che possono venire alla luce con il deposito di altra documentazione comunque inerente alla vicenda), essi non sono proponibili quando estendono le doglianze a determinazioni diverse da quelle originarie e comunque estranee alla vicenda oggetto di esame;

   i3) in dottrina VILLATA - BERTONAZZI, in *Il processo amministrativo*, a cura di QUARANTA –LOPILATO, Milano, 2011, 427 ss.;

   i4) sulla impossibilità che i motivi aggiunti sanino l'inammissibilità del ricorso principale Cons. Stato, sez. IV, 28 febbraio 2012, n. 1127 (in *Foro it*., 2012, III, 497, con nota di GRASSO; *Giurisdiz. amm*., 2012, I, 383), secondo cui: "*il*

riconoscimento dell'errore scusabile è l'esito di un accertamento giurisprudenziale connotato dalla prudenza e dalla cautela dettate dall'eccezionalità del fatto, che ne impone una interpretazione stretta, in quanto, lungi dal rafforzare l'effettività della tutela giurisdizionale, potrebbe risolversi in un grave vulnus del pari ordinato principio di parità delle parti, in tema di rispetto dei termini perentori stabiliti dalla legge processuale".