amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

**Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)**

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

*Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"*

**Direzione scientifica**
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

**Direttore Responsabile**
Gaetano Caputi

**Redazione**
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

# FASCICOLO N. 4/2023

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

## Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĩnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

## Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Marcin Princ, Sara Pugliese, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

## Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.


ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# La disciplina del termine di ricorso nel rito speciale ex art. 120 c.p.a.: dal creazionismo giurisprudenziale ad un approdo (temporaneo) ope conditorum.

## di Raffaele Caroccia

(Professore a contratto di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II")

## Sommario

1. Inquadramento concettuale dell'indagine; 2. Il termine per ricorrere nella giurisprudenza del Giudice di Lussemburgo; 3. L'art. 120 c.p.a. e la pigrizia del legislatore, invano pungolato da Adunanza Plenaria e Corte Costituzionale; 4. Il risveglio del legislatore ed il nuovo codice dei contratti; 5. Conclusioni parziali.

## Abstract

The contribution aims to carry out a historical excursus first and then a mise au point on the discipline of identifying the dies a quo for the proposition of judicial appeal in the field of public procurement against measures other than tenders. On the subject the legislator - after a long sleep, which had left free rein to jurisprudential creationism - recently intended to intervene with the legislative decree. lgs. 36/2023, which rewrote the art. 120 c.p.a. also partly here. But is this a true and definitive clarification? It is to this question that we will attempt to suggest an answer.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*


ISSN 2036-7821

***1. Inquadramento concettuale dell'indagine.***

Il tema di questo scritto ha, almeno a prima vista, una portata squisitamente processuale.

In effetti, il problema che si intende analizzare riguarda l'individuazione del *dies a quo* per la proposizione del ricorso avverso provvedimenti (diversi dai bandi[1]) emanati nell'ambito di procedimenti inerenti all'assegnazione di appalti pubblici e concessioni[2].

Quindi, un lettore sbrigativo potrebbe giungere alla conclusione che saremmo innanzi ad una questione meramente tecnica.

Chi scrive ritiene che, ad uno sguardo appena più approfondito, una simile impressione si riveli del tutto fallace.

Infatti, il problema è solo all'apparenza esclusivamente processuale.

Esso, invece, assume una colorazione del tutto differente (e più piena) se si muove da una premessa concettuale, che rappresenta l'intelaiatura teorica di queste note.

Per chi scrive elemento centrale nello studio del diritto amministrativo deve rimanere la funzione e su tale metro vanno studiati pure gli ambiti speciali, in cui il primo si articola.

In adesione a questa prospettiva, la disciplina sostanziale della contrattualistica pubblica resta espressione e regolazione (a volte sin troppo minuziosa) di un potere peculiare.

Quest'ultimo è definibile quale potere minore, in quanto strumentale a che la P.A. - nell'esercizio delle proprie capacità giuridica e di agire generali - si procuri i mezzi necessari per provvedere in modo concreto alla cura dell'interesse pubblico, di cui è depositaria e per il quale le è stato conferito un potere maggiore[3].

---

[1] Per essi è prevista una disciplina *ad hoc* al c. 3 dell'art. 120 c.p.a. La disposizione resterà al di fuori dell'analisi.

[2] In via stipulativa, come è invalso nella prassi, ci si riferirà a questo tipo particolare di giudizio con il termine rito appalti; urge la precisazione che oggi per espressa disciplina codicistica (che in realtà costituisce il recepimento di una chiarificazione già operata in via giurisprudenziale) la disciplina speciale si applica pure alle concessioni, purché regolate dal d. lgs. 36/2023. Carattere innovativo, invece, ha la sottoposizione alle regole del rito speciale della contestazione dei provvedimenti di ANAC riferibili esclusivamente alla contrattualistica pubblica. Sui caratteri del rito appalti si vedano almeno: G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della Giustizia amministrativa*, Torino, 2015; G. M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei Contratti pubblici. Commentario di Dottrina e Giurisprudenza*, Torino, 2017; M. A. SANDULLI, R. De NICTOLIS, *Trattato sui contratti pubblici*, V, Milano, 2019.

[3] Tanto in adesione alla prospettiva ricostruttiva del Maestro dello scrivente; il rinvio è a D. MARRAMA, *Accordi sostitutivi, autoritatività ed esercizio di potere*, in *Nuove aut.*, 2022, p. 181 ss. La disciplina della contrattualistica pubblica, secondo questa variante interpretativa, sarebbe il riconoscimento, da un punto di vista normativo, dell'incapacità degli strumenti di diritto privato di divenire *tout court* utilizzabili da parte delle P.A. per reperire gli strumenti necessari per il perseguimento dei fini istituzionali. Nei riguardi dei mezzi giuridici di diritto comune sarebbero, infatti, necessari alcuni adattamenti, consistenti nella sottoposizione ai principi ed agli istituti del diritto amministrativo quale contrappasso del riconoscimento in capo alla P.A. di una capacità generale di diritto privato. Tale arricchimento dell'*agere* amministrativo con l'attribuzione di poteri strumentali ai soggetti dell'ordinamento amministrativo è conseguente sia alla personalità pubblica dei soggetti agenti che alla loro funzionalizzazione alla cura del pubblico interesse. Questa duplice peculiarità fa sì che tutto quanto precede la


ISSN 2036-7821

Nella sua espressione, tale attività privatistica ad evidenza pubblica - del tutto legittimamente - resta seppur in maniera indiretta improntata e funzionalizzata alla cura dell'interesse generale.
Ciò comporta, perciò, che essa rimanga imperniata su una pluralità di principi pubblicistici, i quali dovrebbero bilanciarsi tra loro in un modo più o meno armonico.
Questa situazione – consentanea al fine a cui è indirettamente collegato il procedimento di selezione del contraente - comporta un aggravio del *modus agendi* della P.A. rispetto a quello dei soggetti di diritto comune.
Tale duplice caratteristica (espressione indiretta di una funzione, rilevanza dei principi di quest'ultima) ha come conseguenze, in effetti, il necessario rispetto e l'applicazione di alcuni istituti di matrice appunto pubblicistica, quantomeno in via parentetica. Essi sono utilizzati per comporre gli interessi pubblici e privati che si trovano coinvolti in questo specialissimo procedimento, in luogo di una semplice manifestazione concorde di volontà.
Ciò avviene proprio nella logica della funzione e non in conseguenza di una mera e rapsodica ibridazione con formanti giuridici privatistici.
E' evidente (ed in questo consiste il piccolo contributo dello scrivente, aggiuntivo all'originaria teoria) che una simile prospettiva permette di trascendere il dibattito sul *corpus* normativo della contrattualistica pubblica.
Questa discussione appare tesa – sicuramente anche a ragione della nomodinamica assai accelerata imposta al settore da un legislatore bulimico e della forte influenza sullo stesso delle fonti di diritto euro-unitario[4] - più ad individuare, di volta in volta, il valore guida del settore (dapprima contabilistico, poi concorrenziale, ancora dopo quello costituito dalla prevenzione della corruzione, infine quello rappresentato dal raggiungimento di un risultato, con un vero e proprio sovraccarico assiologico e transito di alcuni diritti al rango di interessi pubblici) che non a proporre una prospettiva valida una volta e per sempre per l'inquadramento della disciplina *de qua*[5].

---

stipulazione del contratto, esercizio di una generale capacità d'agire, resti espressione di un potere ed abbia quindi natura procedimentale e provvedimentale.

[4] Tratto – come noto – su cui hanno richiamato l'attenzione S. CASSESE e la sua scuola. Tra i tanti contributi che si devono a questi studiosi, in questa sede ci si limita ad un rinvio a S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 27 ss.; ID., *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, *ibidem*, 2002, p. 291 ss.

[5] E' ovvio che il d. lgs. 36/2023, con l'accento sul principio del risultato, ha riaperto il dibattito. Chi scrive ritiene che risulti imprescindibile nello studio della nuova disciplina il riferimento a S. VINTI, *L'eterogenesi dei fini tradisce lo scopo ultimo e l'oggetto stesso della disciplina sui contratti pubblici*, in *www.federalismi.it*, 2020, contributo a cui si deve l'anticipazione di alcuni spunti ripresi dal legislatore, in particolare con l'individuazione dell'interesse all'esecuzione di un rapporto negoziale quale perno della disciplina. Sul nuovo codice e, in particolare, sul ruolo che in esso ha assunto il principio di risultato in luogo di quello di concorrenza, si vedano almeno: M. A. SANDULLI, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.lamministrativista.it*, 2022; S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*,


ISSN 2036-7821

La ricerca può consentire di trovare appunto nella logica della funzione l'*ubi consistam* del quadro normativo *in subiecta materia*.

Al contrario, non pare che la stessa necessaria logica di coordinamento tra più interessi possa riscontrarsi nel processo amministrativo, anche in questo caso pure con riferimento a quello che riguarda i contratti pubblici[6].

Il giudizio, infatti, serve – in omaggio ad un canone di effettività, di ascendenza quantomeno chiovendiana e che trova la sua affermazione positiva all'art. 1 c.p.a.[7] – a

---

*ibidem*, 2023; A. CIOFFI, *Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali*, in *www.apertacontrada.it*, 2023; F. VETRÒ, G. LOMBARDO, M. PETRARCHI, *L'avvio del nuovo Codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazione: l'equilibrio instabile dei contratti pubblici*, in *Il dir. dell'ec.*, 2023, p. 31 ss.; A. M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice per i contratti pubblici*, *ibidem*, 2023, p. 141 ss.; D. CAPOTORTO, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio del risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in *www.federalismi.it*, 2023; L. CARBONE, *La scommessa del "Codice dei contratti pubblici" e il suo futuro*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023; G. TULUMELLO, I. RAIOLA, F. GAMBATO SPISANI, P. NASINI, N. DURANTE, V. NERI, *Nuovo codice dei contratti pubblici: relazione relativa alle ricadute sul processo amministrativo*, *ibidem*, 2023; F. CARINGELLA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione?*, *ibidem*, 2023, che identifica nel nuovo testo il passaggio da un concetto di concorrenza intesa in modo assoluto ad uno regolato in vista del risultato, analogamente a quanto capiterebbe alla trasparenza; F. SAITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2023. Per considerazione di più ampio respiro si rinvia a: M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, Milano, 2001; F. GAMBARDELLA, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, 2016; D. CAPOTORTO, *Lo Stato "consumatore" e la ricerca dei suoi princìpi*, in *Dir. amm.*, 2021, p. 161 ss., che ritiene che ora gli enti del settore pubblico intendano conseguire con la disciplina *de qua* una cornice ampia di valori improntati alla protezione sociale, dell'ambiente e delle piccole imprese e volti a realizzazione uno sviluppo sostenibile.

[6] Il rito speciale – anche a ragione dell'importanza economica delle controversie che vi sono sottoposte – ha svolto il ruolo di "*cavia*" ed ha così favorito una più generale innovazione della disciplina processuale; anche tale funzione di apripista – messa in luce da M. A. SANDULLI, *Il rito speciale sui contratti pubblici nel primo decennio del c.p.a.: tra progresso ed involuzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, p. 183 ss. – giustifica l'attenzione al tema oggetto del presente contributo.

[7] La disposizione, icasticamente posta all'inizio del codice, recita: "*La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*"; detti principi sono ritraibili dagli artt. 24, 103, 111 e 113 Cost, dall'art. 46 CDFUE e dagli artt. 6 e 13 CEDU. Al principio di effettività sono state dedicate intere biblioteche, che lo hanno investigato nei suoi risvolti di natura sia filosofica che processuale. Un dibattito tanto ampio è al di fuori dell'economia del presente contributo. Qui si effettuerà un richiamo ad alcune opere, ritenute dallo scrivente più significative: P. PIOVANI, *Effettività (principio di)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano 1965, p. 420 ss.; L. P. COMOGLIO, *Il diritto individuale alla tutela giudiziaria*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, *Rapporti civili*, Bologna-Roma, 1981, *sub* art. 24, p. 6 ss. G. GAVAZZI, *Effettività (principio di)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, p. 1 ss.; G. ABBAMONTE, *Completezza ed effettività della tutela giudiziaria secondo gli articoli 3, 24, 103 e 113 della Costituzione*, in *Scritti in onore di Feliciano Benvenuti*, I, Modena, 1996, p. 37 ss.; S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004; G. ROMEO, *L'effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 653 ss.; R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008; N. LIPARI, *Il problema dell'effettività nel diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 887 ss.; L. MARUOTTI, *La giurisdizione amministrativa: effettività e pienezza della tutela*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010; R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Foro amm CdS*, 2011, p. 1707 ss.; M. D'ALBERTI, *L'effettività e il diritto amministrativo*, Napoli, 2011; S. S. SCOCA, *L'effettività della tutela nell'azione di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 401 ss.; M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 2014; I. PAGNI, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, *ibidem*, 2016, p. 401 ss.; M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, 2017.


ISSN 2036-7821

far conseguire, al pari dell'attività giurisdizionale ordinaria civile, a chi vi agisce tutto quello che gli compete grazie ad un rimedio effettivo[8].
Ovviamente un simile scopo deve essere raggiunto nel rispetto del principio del contraddittorio e della parità delle armi tra le parti coinvolte[9].
Effettività, contraddittorio e parità tra le parti, in uno Stato costituzionale di diritto, quindi concorrono insieme alla realizzazione del giusto processo.
Con quest'ultima espressione sembra che si possa designare una modalità di attuazione del potere giurisdizionale, capace di garantire gli interessi di chi vi prende parte e, seppur in via derivata e non principale, quello dell'ordinamento alla certezza del diritto[10].
In tal modo si ottiene un risultato complessivo[11], con il quale si conferisce un significato bilanciato al principio dell'effettività, che altrimenti diverrebbe un moltiplicatore senza limiti di diritti tra loro potenzialmente ed infinitamente confliggenti.
Siffatto schema – ideale o, se si preferisce, idealtipico – già sconta nel processo amministrativo una prima sensibile, eppur ontologica, deviazione[12].
In omaggio a scorie - di cui forse non ci si è del tutto liberati - secondo le quali nemmeno in un ordinamento democratico le P.A. sarebbero del tutto strutture di servizio delle collettività di riferimento, ma resterebbero sovrane e dotate di poteri autoritativi[13], ed in ossequio a reminescenze, in forza delle quali il processo amministrativo servirebbe a tutelare l'interesse generale e non le situazioni giuridiche soggettive dei ricorrenti, la parte pubblica gode di un privilegio assai forte.

[8] Tale affermazione di principio sembra necessaria anche al fine di evitare derive oggettivistiche della funzione del processo; la funzione giurisdizionale per restare aderente alla sua dimensione costituzionale deve limitarsi a tutelare le posizioni giuridiche nella titolarità di chi vi agisca.

[9] Non a caso, richiamati insieme al principio del giusto processo all'art. 2, c. 2, c.p.a., a norma del quale: "*Il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'articolo 111, primo comma, della Costituzione*".

[10] La natura meramente accidentale dell'affermazione della legalità ordinamentale nel processo a struttura soggettiva è sottolineata da M. SILVESTRI, *Le condizioni dell'azione nel rito in materia di contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 927 ss.

[11] La ricerca di tale risultato – su cui porta l'attenzione M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza cit.* – è ormai una costante nella giurisprudenza costituzionale; *ex multis*, si veda Corte cost., sent. 4 dicembre 2009, n. 317. Tutte le sentenze dalla Corte Costituzionale citate nel presente scritto sono disponibili in libera consultazione al sito *www.cortecostituzionale.it*.

[12] Questa curvatura è ben oltre la dimensione del processo civile, che può essere interpretata alla luce delle garanzie costituzionali come "*relazione mediatrice di reciprocità complementare tra l'idea individuale e l'idea sociale, tra il diritto soggettivo e l'esigenza di giustizia*" predicata da P. CALAMANDREI, *Studi sul processo civile*, VI, Padova, p. 290.

[13] In un'ottica – stigmatizzata da D. MARRAMA, *op. ult. cit.* - secondo cui l'autoritatività sarebbe ancora espressione di sovranità e non conseguenza del conferimento di un potere.


ISSN 2036-7821

Esso comporta la definitività delle scelte della P.A., una volta scaduto il termine decadenziale di contestazione dei provvedimenti senza la proposizione di un ricorso[14].

La giustificazione di questo privilegio è, almeno nei tradizionali giudizi impugnatori, la garanzia della pluralità dei soggetti coinvolti nelle decisioni amministrative[15], obiettivamente multipolari ed i cui effetti vanno resi stabili dopo un lasso di tempo predeterminato dalla loro adozione[16].

Tale regola, che nasce come qualità del provvedimento, tracima in un controverso privilegio processuale in favore di chi lo emette[17]. Essa trova la sua condivisibile giustificazione nell'esigenza di garantire – appunto oltre il decorso di un termine decadenziale legislativamente fissato, breve e non interrompibile – la certezza dei rapporti di diritto pubblico.

A questo risultato si accompagnano: a. l'estinzione dell'interesse legittimo; b. la conseguente impossibilità di modificazione *ope iudicis* dell'assetto provvedimentale; c. la definizione in rito, con sentenze di irricevibilità, dei giudizi proposti oltre il termine decadenziale.

Questa situazione - per essere coerente con il canone di effettività della tutela e con i principi di democraticità, ragionevolezza ed uguaglianza e non costituire un vantaggio di una sola parte del rapporto giuridico processuale – deve, però, trovare i suoi opportuni contemperamenti ad opera del legislatore e, eventualmente, del Giudice alla luce dei valori costituzionali. In tale operazione di contemperamento, un posto di primazia ha la regola di ragionevolezza, alla luce della quale vanno coordinati gli interessi privati e pubblici riferibili alle parti del processo[18].

Tuttavia, la garanzia di certezza non costituisce un bene della vita acquisibile dal processo, ma è e resta la conseguenza della posizione istituzionale della P.A.

Pertanto, nell'operazione di bilanciamento tra effettività e certezza non è possibile tenere ferme in sede processuale le diverse posizioni presenti in sede sostanziale.

Infine, un atteggiamento cauto nell'esercizio di razionalità pratica[19] sottesa all'equilibrio tra i due richiamati valori giuridici risulta tanto più necessario nel rito appalti, perché in questo microsistema normativo vigono pure sia la generale

[14] Sulla decadenza si vedano almeno: M. RAMAJOLI, *Riflessioni critiche sulla ragionevolezza della disciplina dei termini per ricorrere nel processo amministrativo*, in *www.federalismi.it*, 2018; F. SAITTA, *Tutela risarcitoria degli interessi legittimi e termine di decadenza*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 1191 ss.; A. MARRA, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, 2012; A. ROMANO, *Note in tema di decadenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 190 ss.

[15] A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2018, p. 251-252.

[16] Non è purtroppo possibile in questa sede effettuare considerazione alcuna sul modo con cui è possibile giustificare il termine decadenziale in giudizi in cui si esercitino azioni diverse da quella di annullamento; sul punto, affascinante, si rinvia a M. RAMAJOLI, *Riflessioni critiche cit.*

[17] Il privilegio si riflette incidentalmente anche sulla posizione del controinteressato.

[18] Tanto per realizzare un "*rapporto processuale amministrativo ragionevolmente paritario*", secondo l'efficace espressione di RAMAJOLI, *Riflessioni critiche cit.*

[19] Corte cost., sent. 31 maggio 1996, n. 172.


ISSN 2036-7821

dimidiazione dei termini processuali[20] che l'impossibilità di rivolgere un ricorso amministrativo al Capo dello Stato.

In assenza di un corretto bilanciamento tra effettività e certezza, l'accesso alla giustizia si tramuterebbe in un percorso ad ostacoli, la cui difficoltà è già elevata per i costi sicuramente non lievi per la proposizione del ricorso[21].

Le esigenze di certezza – valore oggettivo - del tutto impropriamente prevarrebbero in tal modo su quelle di giustizia, riferibili al singolo[22].

Una simile deformazione dell'interpretazione della *ratio* dei giudizi, purtroppo, ha trovato il proprio brodo di coltura nell'idea, secondo cui i ritardi di realizzazione nelle opere pubbliche sono in gran parte ascrivibili al sistema di giustizia amministrativa.

In coerenza con un simile svisato presupposto, la soluzione più semplice ed immediata operata dal legislatore negli anni è stata rendere sempre più complessa ed onerosa la loro attivazione (al posto della risposta razionale costituita da un idoneo rafforzamento dei plessi giurisdizionali).

In un modo appena più raffinato, l'obiettivo di contenere le domande di giustizia è stato perseguito non solo con ostacoli economici, ma anche attraverso la compressione dei tempi necessari per la loro evasione e con l'imposizione di limiti dimensionali agli atti giudiziari.

Nella sua seconda versione, questo modello teorico – pur muovendo dalla condivisibile necessità di ridurre la durata dei processi, che devono concludersi in tempi tali da rendere soddisfacente la tutela erogata alla loro conclusione – scambia il valore dell'effettività del rimedio (a cui sicuramente il tempo non è indifferente) con quello diverso – e riferibile non al giudizio, ma all'apparato giudiziario, inteso quale Amministrazione e non come potere dello Stato – dell'efficienza della giurisdizione. Quest'ultima costituisce espressione dell'interesse generale, a differenza del primo valore, che è ad appannaggio delle sole parti processuali[23].

---

[20] La dimidiazione dei termini nel rito appalti è da tempo ritenuta costituzionalmente legittima in ragione di un'ampia e non sindacabile discrezionalità legislativa sul punto; si veda Corte cost., sent. 10 novembre 1999, n. 427, che ha evidenziato come non sia irragionevole un termine ristretto anche perché il rito speciale impatta su una materia peculiare in cui centrale è il valore della contrazione della durata dei giudizi al fine di conseguire rapidamente la stabilità degli assetti provvedimentali.

[21] Come noto, solo con il d. lgs. 36/2023 è stata abolita la necessità del versamento del contributo unificato anche per i motivi aggiunti contenenti domande nuove. Il riferimento è all'attuale art. 120, c. 7 c.p.a., che recita: "*I nuovi atti attinenti alla medesima procedura di gara sono impugnati con ricorso per motivi aggiunti, senza pagamento del contributo unificato*".

[22] Tale tradizionale concezione dei processi da ricorso è stata stigmatizzata sin da F. BENVENUTI, in *Processo amministrativo (ragioni e struttura)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, 1987, p. 454 ss.

[23] Ciò pone in contrasto effettività ed efficienza, proprio in conseguenza di un modo di vedere la giustizia non come funzione dello Stato, ma come risorsa scarsa ed erogabile con il "contagocce" in una logica di proporzionalità e rapidità della risposta dell'ordinamento giudiziario alla domanda di giustizia. A tale rete di contenimento delle richieste di giustizia rispondono, ad esempio, la figura dell'abuso del processo (su cui si veda almeno G., TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo*, Napoli, 2015), il principio di economicità dei mezzi


ISSN 2036-7821

E' proprio la confusione su quest'elemento di fondo, l'aspetto che – a parere di chi scrive – è capace di spiegare la fallacia di un modello interpretativo, in cui l'unico obiettivo da perseguire diviene la deflazione delle domande di giustizia.
Da tale duplice concezione (sia consentito definirla - in modo forse non troppo garbato – traditrice della dimensione costituzionale del processo) deriva l'attenzione spasmodica dei più recenti interventi del legislatore a comprimere i tempi del giudizio a tutto scapito di una piena cognizione delle controversie, connotate in questo particolare settore da questioni sia di fatto che di diritto assai delicate. Ciò si è tradotto – per utilizzare una formula – nell'amputazione del diritto di difesa.
Non stupisce che questi due modelli teorici abbiano utilizzato nel rito appalti quale strumento di loro attuazione - oltre alla riduzione degli spazi di erogabilità della tutela cautelare (consistente nella sollecita fissazione del merito, salvi i casi di estrema gravità ed urgenza) ed alla forte accelerazione della fase decisoria[24] - anche l'individuazione di un ristretto termine per il ricorso.
A questo primo gruppo di compressioni del diritto di difesa, si accompagna – sempre per il solo sistema processuale della contrattualistica pubblica – la considerazione dell'esistenza di un interesse generale all'esecuzione ed al mantenimento del contratto[25], quale limite alla tutela cautelare prima ed al risarcimento per equivalente

processuali e l'esplosione dei riti speciali. Sul punto si veda I. PAGNI, *La giurisdizione cit.*, a cui aggiungere almeno: M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza cit.*, che nota come "*compito della giurisdizione non è funzionare "bene", per rapporto a questo o quell'interesse pubblico, bensì assicurare una più generale prestazione di sistema, non confondibile con quella o quelle che di volta in volta sono rese dai singoli plessi della pubblica amministrazione*"; M. A. SANDULLI, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il processo*, 2018, p. 45 ss.

[24] Tanto almeno dall'art. 19 d.l. 25 marzo 1997, n. 67 convertito con modifiche dalla l. 23 maggio 1997 n. 135, che ha introdotto un rito speciale *in subiecta materia* – almeno per gli appalti di lavori e gli incarichi di progettazione - con dimezzamento di tutti i termini processuali. L'art. 4, c. 2, l. 21 luglio 2000, n. 205 abolì questo rito speciale, sostituito da un altro rito speciale regolato all'art. 23 *bis* della l. 1034/1971, la cui applicazione era prevista (oltre ad altre particolari materie) pure ai servizi ed alle forniture. Nel 2010, la disciplina processuale è stata poi trasferita negli art. 245 ss. d. lgs. 163/06 per trovare la propria collocazione nel c.p.a. [artt. da 119, I c. lett. a), a 125], oggetto di plurime modifiche negli anni. Prima del 1997 sempre in relazione ai soli appalti di lavoro pubblici erano state introdotte norme acceleratorie non organiche dall'art. 31 *bis* l. 11 febbraio 1994 n. 109, inseritovi dall'art. 9 d.l. 3 aprile 1995, n. 101. Per un'analisi diacronica della disciplina del rito appalti si rinvia a M. A. SANDULLI, *Il contenzioso sui contratti pubblici*, in *www.lamministrativista.it*, 2023.

[25] Il riferimento è all'art. 120, c. 8 *ter* (ora 10), c.p.a. ("*Nella decisione cautelare il giudice tiene conto di quanto previsto dagli articoli 121, comma 1, e 122, e delle esigenze imperative connesse a un interesse generale all'esecuzione del contratto, dandone conto nella motivazione*") ed all'art. 121, c. 3 c.p.a. ("*Il contratto resta efficace, anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1, qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse a un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti. Tra le esigenze imperative rientrano, fra l'altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale. Gli interessi economici sono presi in considerazione come esigenze imperative solo quando l'inefficacia del contratto condurrebbe a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara. Non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia*"). E' stata notata da M. A. SANDULLI, *Il rito speciale cit.* la intelligente prudenza, con cui il G.A. applica tali forme di limitazione della tutela;


ISSN 2036-7821

poi[26]. Da tanto deriva la complessiva tendenziale curvatura verso il risarcimento per equivalente quale unica forma di tutela in luogo di semplice misura sub-ottimale[27].
Di fronte a questa tendenza dell'ordinamento, a ben vedere, oggetto del presente contributo è un problema di civiltà giuridica.
Esso può essere formulato in questi termini, assai semplici, ma molto evocativi:
a. sin a quanto nel processo amministrativo sono (ancora) tollerabili posizioni di privilegio in favore della P.A.?
b. esse sono giustificabili solo rispetto al contenuto della tutela o anche in ordine alle modalità di accesso al Giudice?
Sullo sfondo dei due quesiti resta un ulteriore elemento, collegato al tema della perdita di centralità nell'ordinamento della legge[28] e della sua sostituzione quale fonte del diritto sia da parte di elementi provenienti da ambiti ordinamentali sovranazionali che dell'interventismo del potere giudiziario statale[29]. Questo è avvenuto anche in settori ordinamentali come quello processuale, dove vige la riserva di legge, garanzia servente al richiamato principio di effettività della tutela.

---

ovviamente, in caso di mancata declaratoria di inefficacia del contratto, sono applicabili le sanzioni alternative di cui all'art. 123 c.p.a. Anche l'art. 122 c.p.a. richiama "*gli interessi delle parti*" tra gli elementi, che il Giudice deve valutare in caso di dichiarazione di inefficacia facoltativa del contratto.

[26] Secondo G. TAGLIANETTI, *Il rito speciale in materia di contratti pubblici: ratio e profili applicativi*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 122 ss., l'intero ambito processuale è condizionato dalla "*ricerca di un equilibrio assiologico nella dialettica tra interessi in costante tensione e potenzialmente configgenti, quali l'interesse a garantire alle imprese una giustizia piena ed effettiva e l'interesse generale alla sollecita realizzazione di un'opera o all'efficace erogazione di un servizio in favore della collettività*". Il sistema avrebbe una doppia anima: la prima tesa a proteggere concorrenza ed effettività della tutela, la seconda la stabilità delle decisioni amministrative in materia di affidamenti e l'esecuzione del contratto a valle delle stesse, la quale riguarda interessi sociali rilevanti ed ha un significativo valore economico. A tale tensione tiene dietro la "*ricerca di un soddisfacente punto di equilibrio tra queste istanze potenzialmente contrapposte*". In alternativa a questa ipotesi, si potrebbe anche proporre di leggere le regole acceleratorie del giudizio speciale *de quo* come finalizzate in modo esclusivo a garantire alle imprese il conseguimento del bene della vita. In effetti, il subentro potenziale nel contratto necessita di un rito processuale particolarmente accelerato. Tale modalità di interpretazione è maggiormente aderente alla struttura soggettiva del sistema processuale amministrativo e fa recedere in secondo piano la considerazione dell'interesse generale, benché sia comunque in grado di spiegare le regole di velocizzazione del giudizio.

[27] M. A. SANDULLI, *Il rito speciale cit.*; l'Autrice ha da tempo meritoriamente lanciato l'allarme verso un'involuzione in questa direzione del sistema processuale.

[28] Il tema è delicatissimo per tutte le branche del diritto pubblico. Si veda per una messa a punto recente G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, p. 1406 ss., a cui aggiungere gli studi più classici in diritto amministrativo di F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007; ID., *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012; ID., *Legalità amministrativa tra passato e futuro*, Napoli, 2016; G. CORSO, *Principio di legalità*, in M. A. SANDULLI, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, p. 43 ss.

[29] S. STAIANO, *In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore*, in *www.federalismi.it*, 2018, imputa il fenomeno nell'ordinamento italiano a due cause: crisi della politica e visione del Giudice non più come fattore di negazione dei diritti protetti a livello costituzionale, ma come loro moltiplicatore. Da esse, che si accompagnerebbero alla più generale influenza di CGUE e Corte di Strasburgo ed al superamento di un impianto codicistico nella legislazione, deriverebbe lo scivolamento verso un diritto giurisprudenziale. Si veda in tema pure M. A. SANDULLI, *"Principi e regole dell'azione amministrativa": riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale*, *www.federalismi.it*, 2017.


ISSN 2036-7821

Tale modifica può essere sintetizzata nella sostituzione avvenuta nel discorso giuridico del lemma "*garanzia della legalità*" con quello – più ricco di contenuti, ma altrettanto più sfumato - di "*sicurezza giuridica*"[30], che dovrebbe avere più a che fare con la garanzia del singolo che con un'esigenza dell'ordinamento[31].

Nella vicenda oggetto del presente scritto, infatti, l'individuazione del termine a ricorrere è stata almeno per un certo tempo operata in via giurisprudenziale, cosa che ha portato l'ordine giudiziario a svolgere una funzione normativa assai prossima al creazionismo[32] ed ha scompaginato la prevedibilità dell'applicazione della legge.

Tale peculiarità è un ulteriore sintomo della crisi dei principi di separazione dei poteri[33] e di legalità, figli della razionalità illuministica.

Il loro smottamento parziale ha come conseguenza l'inquinamento della differenza funzionale tra potere legislativo e potere giudiziario, ricostruibile – se si aspira a nutrire qualche certezza - ancora una volta secondo lo scopo dei rispettivi atti di esercizio.

La legge dovrebbe restare atto centrale nella produzione del diritto e temporalmente anteriore rispetto ai casi, a cui si applica. Questo al fine di garantire il principio di uguaglianza dei consociati e di permettere alla giurisdizione il rispetto dell'art. 101 Cost.. La sentenza - soggettivamente espressione di un soggetto terzo - dovrebbe,

---

[30] "*Il principio per cui il giusto processo deve essere regolato dalla legge richiede e presuppone che il privato abbia il diritto di sapere con certezza quali siano le regole in vigore nel momento in cui agisce, siano esse legali o giurisprudenziali*", Cass. civ., ord. 22 marzo 2011, n. 6154, in https://dejure.it. Sul concetto di sicurezza giuridica, identificabile come diritto alla tranquillità giuridica dei singoli, il rinvio è almeno a: F. FRANCARIO, *Il diritto alla sicurezza giuridica. Note in tema di certezza giuridica e giusto processo*, in ID. (a cura di), *Garanzie degli interessi protetti e legalità dell'azione amministrativa*, Napoli, 2019; R. FERRARA, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e "funzione definitoria" della giurisprudenza*, in *L'incertezza delle regole. Annuario AIPDA*, Napoli, 2015, p. 3 ss.; R. BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, in *www.federalismi.it*, 2018; M. RAMAJOLI, *Riflessioni critiche cit.*; A. DE SIANO, *Precedente giudiziario e decisioni della P.A.*, Napoli, 2018. Per M. LUCIANI, *Garanzia ed efficienza cit.*, in uno Stato costituzionale di diritto la certezza del diritto costituirebbe un sinonimo della sicurezza giuridica ed avrebbe un senso obiettivo, a cui si affiancherebbe l'affidamento di natura soggettiva, che avrebbe invece a che fare con la garanzia dei diritti fondamentali nei rapporti con la P.A.

[31] M. RAMAJOLI, *Riflessioni critiche cit.*

[32] M. CECILI, G. VOSA, *La funzione normativa dell'ordine giudiziario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, p. 255 ss., a cui aggiungere almeno L. SALTARI, *I giudici amministratori*, *ibidem*, 2023, p. 293 ss.; F. CORTESE, *Amministrazione e giurisdizione: poteri diversi o poteri concorrenti*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2018, p. 9 ss. M. A. SANDULLI, *Processo amministrativo cit.*, ha evidenziato che è proprio la crisi della politica a tramutare il Giudice in "*bilancia dei diversi interessi*" con tradimento della sua funzione originaria di interprete del diritto positivo.

[33] Recentemente al principio di separazione dei poteri ed alle sue trasformazioni è stato dedicato il primo fascicolo speciale dell'anno 2023 di *Riv. trim. dir. pubbl.*; per una concettualizzazione delle origini storico-politiche del principio si veda P. PASQUINO, *La separazione dei poteri. Prologo nel XVIII secolo: da Montesquieu a Madison*, *ibidem*, p. 3 ss.; rispetto alla nostra Carta fondamentale, si rinvia G. D'AMICO, D. TEGA, *La Costituzione italiana e la separazione dei poteri: le scelte dell'Assemblea costituente tra modelli storici e contesto politico*, *ibidem*, p. 89 ss., secondo cui – in omaggio ai principi di pluralismo e sovranità popolare - la separazione dei poteri sarebbe stata accolta nell'ambito costituzionale in maniera non rigida o addirittura risulterebbe sostituita dal principio di competenza, per il quale le attribuzioni di ciascun organo costituzionale sono libere da interferenze diverse da quelle della Corte Costituzionale. Restano tuttora fondamentali: F. MODUGNO, *Poteri (Divisione dei)*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, 1966, p. 483 ss.; G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, 1985, p. 710 ss.


ISSN 2036-7821

invece, dichiarare, concretizzare o, forse meglio, interpretare la volontà della legge, senza però introdurre regole retroattive su fattispecie già definite.
Nella vicenda *de qua*, rispetto al tema della c.d. crisi della legge sembra che il processo sia divenuto una stanza di compensazione tra interessi di rango e contenuto vari.
Ma di tale finalità legittimamente solo il procedimento può farsi carico.
Questo perché al primo è estranea l'ottica di garanzia del buon andamento, che è propria del secondo.
Se la razionalità illuministica è tramontata, il giurista (positivo, teorico e pratico) non scorge ancora cosa possa prenderne adeguatamente il posto e cade così preda di una condivisibile nostalgia.
E' ovvio – sia consentito di anticipare qualche considerazione finale - che una visione efficientista del processo non sembra la candidata più adatta alla sostituzione[34].

***2. Il termine per ricorrere nella giurisprudenza del Giudice di Lussemburgo.***
Esaurite le considerazioni introduttive, per affrontare in modo corretto il tema dello scritto, si impone la partenza dall'analisi del diritto UE.
Esso ancora il termine per la proposizione del ricorso alla conoscenza delle motivazioni del provvedimento di aggiudicazione[35].
Si potrebbe affermare, in sintesi, che il principio di effettività postula che il *dies a quo* scatti dalla conoscenza effettiva o dalla concreta conoscibilità dei vizi.
Nel diritto unionale, infatti, il termine per ricorrere nella materia oggetto del presente contributo è chiaramente identificato come uno strumento necessario a rendere effettiva la tutela, scopo a cui tende la legislazione processuale in materia e che deve essere preservato dal legislatore nazionale per garantirne l'effetto utile[36].

---

[34] Visuale che – per utilizzare le parole di S. STAIANO, *In tema cit.* – comporta che "*la produzione normativa deve avvenire nella sede in cui essa può porre rimedio ora, alle inefficienze del legislatore*" con rottura (quanto meno rispetto al diritto penale, ma chi scrive ritiene in ogni materia in cui sia prevista una riserva di legge) del principio di separazione dei poteri nel suo corollario della non sovrapponibilità tra rappresentanza politica parlamentare e rappresentanza istituzionale della magistratura .

[35] E' questo il caso in cui è più complesso individuare il termine a ragione dell'efficacia riflessa che l'aggiudicazione ha nella sfera giuridica del secondo graduato. Il problema è meno grave per l'esclusione, in cui il soggetto leso è solo il destinatario del provvedimento che dovrebbe avere già i documenti posti dalla P.A. alla base della decisione. Pertanto, nel corso dello scritto si farà riferimento all'aggiudicazione.

[36] Art. 1, c. 3 dir. 89/665/CEE, come sostituito da dir. 2007/66/CE: "*Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione*". La garanzia di una piena contestabilità dei provvedimenti in materia di aggiudicazione è accentuata dal considerando 122 dir. 24/2013/UE che prevede la (problematica per la natura soggettiva del sistema processuale italiano) possibilità che le legislazioni nazionali conferiscano un simile diritto di ricorso anche a soggetti che non hanno un interesse all'aggiudicazione, a cui comunque va garantita la possibilità di segnalarne cause di potenziale illegittimità, quantomeno in via amministrativa. Proprio in considerazione di tali elementi ed alla piena valorizzazione della tutelabilità dell'interesse strumentale da parte del Giudice del Lussemburgo, F. GOISIS,


ISSN 2036-7821

Infatti, una tutela effettiva non è tale, se non è connotata dal pieno diritto di accesso al Giudice quale suo logico antecedente.
Inoltre, un'inedita disciplina minuziosa degli aspetti processuali è anche figlia della consapevolezza che essa si rende necessaria per dare senso concreto alle regole sostanziali[37] e permettere così di realizzare la libertà di stabilimento ed il principio di libera prestazione dei servizi.
Non a caso, nella consapevolezza che una tutela risarcitoria per equivalente non è pienamente satisfattiva e che pertanto deve essere garantita quella in forma specifica, nella c.d. direttiva ricorsi 2007/66/CE al termine per ricorrere è collegato l'istituto del c.d. *stand still*, sostanziale e processuale[38].
Si tratta – come noto – di un primo periodo di 35 giorni, come previsto dal legislatore italiano, decorrenti dalla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione completo di una relazione sintetica dei motivi che l'hanno determinato, e di un secondo analogo periodo, che si avvia in via eventuale dopo la proposizione del ricorso nelle more della decisione sulla domanda cautelare annessa allo stesso, durante i quali è inibita la stipulazione del contratto[39].

---

*Il contenzioso appalti nella prospettiva dell'Unione Europea: verso una giurisdizionale (primariamente) di diritto oggettivo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 394 ss. afferma che: "*Da questi dati legislativi emerge allora come la tutela giurisdizionale vada il più possibile estesa ed incoraggiata; di conseguenza, la ammissibilità delle azioni dei concorrenti deve essere, per quanto possibile, preservata*". La introduzione nei sistemi nazionali di un regime severo di decadenza non pare consentanea al diritto UE, che sembra addirittura favorire un'azione popolare.

[37] Notazione che si trova in M. A. SANDULLI, *Il rito speciale cit.*

[38] Il primo termine è previsto dall'art. 2 *bis*, c. 2 dir. 89/665/CEE, come sostituito da dir. 2007/66/CE (il quale prevede che la comunicazione sia accompagnata da una perspicua e motivata relazione): "*La conclusione di un contratto in seguito alla decisione di aggiudicazione di un appalto disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE non può avvenire prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione di aggiudicazione dell'appalto è stata inviata agli offerenti e ai candidati interessati, se la spedizione è avvenuta per fax o per via elettronica, oppure se la spedizione è avvenuta con altri mezzi di comunicazione prima dello scadere di un termine di almeno quindici giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui è stata inviata la decisione di aggiudicazione dell'appalto agli offerenti e ai candidati interessati, o di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data di ricezione della decisione di aggiudicazione dell'appalto*". Il secondo è contemplato dall'art. 2 della medesima direttiva: "*Qualora un organo di prima istanza, che è indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice, riceva un ricorso relativo ad una decisione di aggiudicazione di un appalto, gli Stati membri assicurano che l'amministrazione aggiudicatrice non possa stipulare il contratto prima che l'organo di ricorso abbia preso una decisione sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul merito del ricorso*". Sulla duplice variante dell'istituto e sulle deroghe previste nelle disposizioni europee si veda almeno M. A. SANDULLI, *Il rito speciale cit.* Sulla dir. 2007/66/CE si vedano: G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 1029 ss.; E. M. BARBIERI, *Il processo amministrativo in materia di appalti e la direttiva comunitaria 11 dicembre 2007, n. 66/CE*, *ibidem*, 2009, p. 493 ss.

[39] La disciplina è ora prevista all'art. 18, c. 3 e 4, d. lgs. 36/2023: "*3. Il contratto non può essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione. Tale termine dilatorio non si applica nei casi: a) di procedura in cui è stata presentata o ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito, o le impugnazioni sono già state respinte con decisione definitiva; b) di appalti basati su un accordo quadro; c) di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione; d) di contratti di importo inferiore alle soglie europee, ai sensi dell'articolo 55, comma 2. 4. Se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato dal momento della notificazione dell'istanza*


ISSN 2036-7821

Questi due spazi di tempo servono proprio a chi sia arrivato in posizione diversa dall'aggiudicatario a valutare in modo pieno la possibilità, i costi e le prospettive di successo di un'impugnativa giurisdizionale. Una volta determinatosi in tal senso, gli consentono poi di raccogliere il materiale necessario alla stessa e di provvedere alla notificazione, senza che la pretesa all'aggiudicazione della gara possa essere frustrata da stipulazioni a sorpresa e fintanto che non si pervenga ad un primo esame delle sue doglianze[40].

Pertanto, coerentemente con tale *ratio*, il termine a ricorrere dovrebbe decorrere solo dal momento in cui sia possibile considerare in modo chiaro l'eventualità di un ricorso, sicché la sua maturazione può essere posposta sino a che tutta la documentazione rilevante sia materialmente messa a disposizione di un operatore economico[41].

Non stupisce che per la Corte del Lussemburgo[42] l'esercizio del diritto al ricorso non può, di conseguenza, prescindere dalla conoscenza della motivazione e del preciso contenuto dell'atto lesivo; peraltro, la stessa non è sufficiente, ma deve essere qualificata con le caratteristiche dell'adeguatezza, del dettaglio e della precisione.

Analoghe caratteristiche sono necessarie per le normative nazionali, le quali devono chiarire senza possibilità di ambiguità quali siano i diritti ed i doveri (*rectius*, gli oneri

---

*cautelare alla stazione appaltante o all'ente concedente fino alla pubblicazione del provvedimento cautelare di primo grado o del dispositivo o della sentenza di primo grado, in caso di decisione del merito all'udienza cautelare. L'effetto sospensivo cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'articolo 15, comma 4, del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato I al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza pronunciarsi sulle misure cautelari con il consenso delle parti, valevole quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare*".

[40] L'effettività della tutela nel rito appalti è garantita anche dal potere a chiusura del sistema del G.A. di dichiarare l'inefficacia del contratto e dichiarare il subentro nello stesso ad opera del ricorrente vittorioso. Tale aspetto – sicuramente significativo – non rientra nell'economia dello scritto; sul tema c'è una bibliografia sterminata. Si veda almeno E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 1067 ss.

[41] E' espressione di questo quadro logico concettuale l'art. 2 *quater* dir. 89/665/CEE, come sostituito da dir. 2007/66/CE, che fa decorrere il termine per la proposizione del ricorso, pari almeno a 10 giorni "*dal giorno successivo alla data in cui la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice è stata inviata all'offerente o al candidato, se la spedizione è avvenuta per fax o per via elettronica, oppure, se la spedizione è avvenuta con altri mezzi di comunicazione, di almeno quindici giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice è stata inviata all'offerente o al candidato o di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data di ricezione della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice*". La stessa disposizione prescrive che la comunicazione deve essere "*accompagnata da una relazione sintetica dei motivi pertinenti*", cioè in una sola parola motivata. Questo carattere deve accompagnare anche le decisioni diverse dall'aggiudicazione, come precisato da Corte giust. UE, sent. 11 gennaio 2005, in C-26/03, sent. 28 gennaio 2010 in C-406/08, sent. 5 aprile 2017, in C-391/15. Tutte le sentenze delle Corti europee citate nel presente scritto sono in libera consultazione al sito www.curia.europa.eu.

[42] L'orientamento del Giudice europeo è sul punto granitico e risalente e riguarda tutte le fattispecie. Si vedano Corte giust. CEE, 10 dicembre 1957, cause riunite 1/57 e 14/57; Corte giust. CE, 9 gennaio 1997, in C-143/95; Corte giust. CE, 6 dicembre 1990, in C-180/88, Trib. CE, sez. II, 12 dicembre 2006, in T.228/02; Corte giust. UE, sent. 28 gennaio 2010, n. 406 in C-406/08 con nota di G. CARULLO, *Appalti: il termine di ricorso fra incertezze interpretative e riforme legislative*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, p. 553 ss.


ISSN 2036-7821

procedimentali e processuali) degli operatori economici con le rispettive tempistiche di esercizio.
Addirittura nella giurisprudenza più risalente l'importanza della motivazione era tale da costituire condizione di esistenza dell'atto.
In un tempo più recente e direttamente rispetto alla disciplina delle gare pubbliche, il Giudice del Lussemburgo ha introdotto alcune precisazioni aggiuntive a quest'impostazione generale.
Dapprima, pur nella constatazione che il diritto al ricorso può legittimamente soffrire limitazioni temporali al fine di garantire la certezza dei rapporti giuridici, è stato affermato che i termini introdotti dalle legislazioni nazionali devono rispettare il criterio di ragionevolezza. Ciò si rende necessario per non vanificare l'effetto utile delle disposizioni unionali[43].
Un'estensione ed una precisazione di questo principio ha riguardato i termini di contestazione di clausole dei bandi ritenute illegittimamente lesive della concorrenza; se è ragionevole in astratto un termine (allora di 60 giorni) previsto dalla legislazione italiana e calcolato dalla data di pubblicazione del bando per avviare un simile giudizio, va pure tenuto conto che l'applicazione di tale regola processuale deve essere calata nelle precise circostanze di causa. Infatti, se l'interpretazione della disposizione è divenuta ambigua solo a causa del comportamento della stazione appaltante ed esclusivamente una decisione di applicazione ne ha reso chiaro il senso, è solo da quest'ultima che può legittimamente decorrere il termine di contestazione giurisdizionale, senza che la decadenza dall'impugnazione del bando possa spiegare effetti pregiudizievoli, evitabili con la disapplicazione della clausola escludente[44].
Successivamente, sono state date precise indicazioni rispetto alle modalità di individuazione del *dies a quo* per la proposizione del ricorso in materia di appalti pubblici in relazione ad atti diversi dai bandi. In particolare, è stato puntualizzato che il termine, comunque fissato dagli ordinamenti nazionali, decorre non dal momento in cui è stato comunicato il rigetto di un'offerta, ma dal diverso tempo in cui sono o dovrebbero essere noti all'offerente i motivi per cui la sua proposta non è stata preferita a quella altrui. Nel ragionamento della Corte opera – va notato - un avvicinamento della presunzione di conoscibilità dei vizi alla loro reale conoscenza. E non solo: il Giudice del Lussemburgo ha pure aggiunto che, in un necessario bilanciamento tra principio di effettività e di stabilità delle decisioni amministrative,

[43] Corte giust. UE, sent. 12 dicembre 2002, in C.470/99, ove si legge che la direttiva 89/665/CEE "*non osta ad una normativa nazionale la quale prevede che qualsiasi ricorso avverso una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice vada proposto nel termine all'uopo previsto e che qualsiasi irregolarità del procedimento di aggiudicazione invocata a sostegno di tale ricorso vada sollevata nel medesimo termine a pena di decadenza talché, scaduto tale termine, non è più possibile impugnare tale decisione o eccepire la suddetta irregolarità, a condizione che il termine in parola sia ragionevole*".
[44] Corte giust. UE, sent. 27 febbraio 2003, in C-327/00.


ISSN 2036-7821

tutti i termini in materia di contestazioni a provvedimenti incidenti su appalti pubblici devono essere fissati in modo sufficientemente chiaro, preciso e comprensibile in maniera da fornire ai consociati un quadro su cui fare affidamento e senza frustrarne il diritto di difesa. Pertanto, i termini devono essere individuati in maniera non ambigua e senza lasciare margini di discrezionalità all'organo giudicante sulla verifica della maturazione della decadenza, caratterizzazione che renderebbe la stessa imprevedibile. Invece, i Giudici nazionali sono tenuti ad interpretare la legislazione nazionale nel senso di disapplicare quest'ultima, se essa contrasta con l'effettività e, quindi, nel senso di prorogare il termine di ricorso calcolandolo dal momento di effettiva conoscenza della motivazione della lesione patita da un operatore economico[45].

In seguito – stavolta in relazione a disposizioni del diritto italiano e con specifico riferimento alle condizioni di proponibilità del ricorso principale e dei motivi aggiunti nel rito appalti – è stata esaminata la questione sulla modalità di individuazione del termine, ponendo quale quesito la possibilità della decorrenza dello stesso "*dal momento in cui l'interessato sia realmente venuto a conoscenza o abbia la possibilità di venire a conoscenza, dando prova di un'ordinaria diligenza, dell'esistenza di una violazione, e non a decorrere dalla data della comunicazione della decisione di aggiudicazione definitiva dell'appalto*". In modo invero non sorprendente, il Giudice del Lussemburgo ha evidenziato come contestazioni formulate sulla base di elementi non desumibili dall'aggiudicazione e derivanti da fatti successivi alla stessa possano validamente essere veicolate in giudizio entro un termine decadenziale calcolato dalla data di conoscenza delle sopravvenienze e non certo da quella di comunicazione del provvedimento. A nulla rileva per modificare tale conclusione la proponibilità dei motivi aggiunti in un giudizio già incardinato; in effetti, a voler ragionare in tal modo, si onererebbe un operatore economico della contestazione "*in abstracto*" di un provvedimento e della formulazione solo in un secondo momento di eventuali precise doglianze, peraltro non riferite al contenuto del primo atto. Diverso è il caso di censure collegate ad aspetti fattuali o giuridici precedenti all'aggiudicazione, per le quali vale l'ordinaria modalità di computo del termine[46].

Sempre in relazione ad una normativa italiana – l'abrogato rito iper-speciale previsto dall'art. 120, c. 2 *bis* c.p.a., relativo alle ammissioni/esclusioni da una gara pubblica[47] – la Corte Europea ne ha affermato la compatibilità con il diritto unionale, solo se le

[45] Corte giust. UE, sent. 28 gennaio 2010, in C-406/08. Nel caso specifico la legge britannica prevedeva la proposizione del ricorso "*senza indugio e, in ogni caso entro tre mesi*", formulazione ritenuta vaga e, quindi contrastante con il principio di effettività.

[46] Corte giust. UE, sent. 8 maggio 2014, in C-161/13.

[47] Sull'istituto si rinvia a S. TRANQUILLI, *Prime riflessioni a margine di alcune recenti oscillazioni giurisprudenziali sull'individuazione del dies a quo per impugnare le ammissioni e le esclusioni dalle gare alla luce della disciplina del rito "superspeciale"*, in *www.federalismi.it*, 2018; 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.*, *ibidem*, 2017.


ISSN 2036-7821

decisioni di ammissione/esclusione siano accompagnate da una relazione capace di garantire agli interessati la conoscenza dell'*iter* logico-giuridico seguito dalla P.A. nella loro adozione. In assenza di quest'ultima, non è legittimo far maturare una decadenza rispetto a contestazioni fondate su atti non conosciuti, né conoscibili[48].

Analogo ragionamento è stato seguito dalla Corte di Giustizia anche in una pronunzia successiva inerente all'impugnazione di una decisione di ammissione di un concorrente ed in relazione all'ordinamento rumeno[49]. In particolare, è stata ribadita la necessità – ai fini del calcolo del *dies a quo* – di distinguere tra mera comunicazione della statuizione amministrativa e tra un atto accompagnato da una relazione costituentene il corredo motivazionale. E' solo la ricezione di quest'ultimo documento a far decorrere il termine decadenziale.

Un ultimo elemento, di recente approfondito dal Giudice del Lussemburgo[50], è quello che ha a che fare con le modalità con cui si realizza da parte di un offerente la conoscenza delle proposte dei suoi competitori. La *ratio* seguita dalla Corte è imperniata su una premessa ed una considerazione generale. Evidentemente – e questa è la premessa - la conoscenza delle offerte avversarie non può essere ammessa per finalità anticoncorrenziali, cioè non può diventare uno strumento con cui acquisire dati per minare in future procedure o nella stessa gara le possibilità di successo del proprio concorrente o per imitarne le proposte. Tale limitazione vale, però, solo nel caso di sussistenza di un'aspettativa alla riservatezza collegata a segreti tecnici o commerciali[51]. Il diritto di accesso all'offerta del concorrente è – questa, invece, costituisce la considerazione generale - parte sostanziale del diritto di difesa e potrebbe essere necessario garantire lo stesso proprio per consentire la valutazione della proponibilità di un ricorso con concrete speranze di successo, in ossequio anche ad un canone di buona amministrazione. Di conseguenza, vanno previste una precisa motivazione sulle scelte di secretazione ed una giustiziabilità immediata delle decisioni, con cui si è negato l'accesso ad un'offerta o a sue parti, anche se quest'ultima contestazione non è subito collegata ad una domanda di giustizia con cui si impugni l'aggiudicazione dell'appalto ad un altro soggetto. La fase di decisione sull'ostensione e la sua contestazione possono intervenire, quindi, anche precedentemente all'aggiudicazione.

Per chi scrive, tale decisione potrebbe confortare l'idea che le contestazioni relative ai documenti ottenuti con l'accesso si possano proporre solo entro il termine

[48] Corte giust. UE, ord. 14 febbraio 2019, in C-54/18.

[49] Corte giust. UE, sent. 24 febbraio 2022, in C-532/00.

[50] Corte giust. UE, sent. 7 settembre 2021, in C-927/19.

[51] *"Nell'ambito di un ricorso relativo ad una procedure di aggiudicazione di un appalto pubblico, il principio del contraddittorio non implica che le parti abbiano un diritto di accesso illimitato ed assoluto al complesso delle informazioni relative alla procedura di aggiudicazione … L'obbligo di fornire all'offerente escluso informazioni sufficienti a salvaguardare il suo diritto a un ricorso efficace deve essere bilanciato con il diritto di altri operatori economici alla tutela delle loro informazioni riservate e dei loro segreti commerciali"*.


ISSN 2036-7821

decadenziale decorrente dal momento della loro consegna, punto non trattato dai Giudici unionali, ma in linea con la loro precedente giurisprudenza.
Inoltre, la sentenza introduce un elemento di riflessione alla luce delle recenti novità introdotte dal d. lgs. 36/23, su cui *infra* § 4.

### *3. L'art. 120 c.p.a. e la pigrizia del legislatore, invano pungolato da Adunanza Plenaria e Corte Costituzionale.*

I principali temi aperti relativi al rito appalti, sui quali è vivace il confronto in dottrina ed in giurisprudenza con il coinvolgimento anche del Giudice del Lussemburgo, sono stati identificati[52] come segue:

i. rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale[53];
ii. impugnabilità immediata dei bandi[54];
iii. ampliamento della tutela risarcitoria per equivalente, a scapito di quella in forma specifica;
iv. appunto, modalità di individuazione del *dies a quo* per l'impugnazione dell'aggiudicazione.

Che quest'ultimo costituisca motivo di confronto è alquanto contro intuitivo.
Come evidenziato *supra* § 2, la direttiva ricorsi – come interpretata costantemente dal Giudice del Lussemburgo - è netta sul punto: il termine scatta solo nel momento in cui il soggetto leso conosce i presupposti motivazionali dell'atto che lo ha inciso e ne possa così apprezzare in modo concreto la possibile illegittimità.
Per un corretto inquadramento del problema, pertanto, l'elemento centrale è l'individuazione di quando la P.A. svolge (in pieno) l'onere comunicazionale.
A ben vedere, le difficoltà sono nate perché non era chiara nella legislazione sostanziale e processuale nazionale proprio la portata dei predetti oneri.
Una rapida ricostruzione "stratigrafica" del tessuto normativo aiuterà a comprendere i motivi del dibattito.
L'art. 120 al c. 5[55] individuava proprio nella ricezione della comunicazione prevista dall'art. 79 del d. lgs. 163/2006 il momento in cui scattava il termine di ricorso, con la salvezza della diversa conoscenza dell'atto[56].

---

[52] M. A. SANDULLI, *Il rito speciale cit*. Più in generale sui temi attualmente più controversi in tema di giudizi amministrativi, si veda il lucidissimo scritto di F. G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il Processo*, 2021, p. 1 ss.

[53] Per tutti si veda il recente F. GOISIS, *Il contenzioso appalti cit.*, completo di ampia bibliografia.

[54] Oggetto di un'originale ricostruzione da D. MARRAMA, *Clausole escludenti e domanda di partecipazione. Per la serie: a volte (… legittimamente …) ritornano*, in *www.federalismi.it*, 2022. Tale ricostruzione va ora coordinata con l'art. 10, c. 2, d. lgs. 36/2023.

[55] "*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. Per il ricorso incidentale*


ISSN 2036-7821

*la decorrenza del termine è disciplinata dall'articolo 42*". Tale disposizione è stata vigente sino al 1° luglio 2023, quando ha acquisito efficacia il d. lgs. 36/23 anche nella parte in cui ha riformato l'art. 120.

[56] Si riporta di seguito la parte di rilievo della disposizione: "*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*". L'art. 79 d. lgs. 163/06 prevedeva quanto appresso: "*1. Le stazioni appaltanti informano tempestivamente i candidati e gli offerenti delle decisioni prese riguardo alla conclusione di un accordo quadro, all'aggiudicazione di un appalto, o all'ammissione in un sistema dinamico di acquisizione, ivi compresi i motivi della decisione di non concludere un accordo quadro, ovvero di non aggiudicare un appalto per il quale è stata indetta una gara, ovvero di riavviare la procedura, ovvero di non attuare un sistema dinamico di acquisizione. 2. Le stazioni appaltanti inoltre comunicano: a) ad ogni candidato escluso i motivi del rigetto della candidatura; b) ad ogni offerente escluso i motivi del rigetto della sua offerta, inclusi, per i casi di cui all'articolo 68, commi 4 e 7, 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; c) ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta selezionabile, 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. 3. Le informazioni di cui al comma 1 e di cui al comma 2 sono fornite: a) su richiesta scritta della parte interessata; b) per iscritto; c) il prima possibile e comunque non oltre quindici giorni dalla ricezione della domanda scritta. 4. Tuttavia le stazioni appaltanti possono motivatamente omettere talune informazioni relative all'aggiudicazione dei contratti, alla conclusione di accordi quadro o all'ammissione ad un sistema dinamico di acquisizione, di cui al comma 1, qualora la loro diffusione ostacoli l'applicazione della legge, sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di operatori economici pubblici o privati o dell'operatore economico cui è stato aggiudicato il contratto, oppure possa recare pregiudizio alla leale concorrenza tra questi. 5. In ogni caso l'amministrazione comunica di ufficio: a) l'aggiudicazione definitiva, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, 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 o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per presentare dette impugnazioni, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se dette impugnazioni non siano state ancora respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva; (lettera così sostituita dall'art. 2, comma 1, lettera b), d.lgs. n. 53 del 2010)*

*b) l'esclusione, ai candidati e agli offerenti esclusi, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni dall'esclusione; b-bis) la decisione, a tutti i candidati, di non aggiudicare un appalto ovvero di non concludere un accordo quadro; (lettera aggiunta dall'art. 1, comma 1, lettera t), d.lgs. n. 152 del 2008) b-ter) la data di avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, ai soggetti di cui alla lettera a) del presente comma. (lettera aggiunta dall'art. 2, comma 1, lettera c), d.lgs. n. 53 del 2010). 5-bis. Le comunicazioni di cui al comma 5 sono fatte per iscritto, con lettera raccomandata con avviso di ricevimento o mediante notificazione o mediante posta elettronica certificata ovvero mediante fax, se l'utilizzo di quest'ultimo mezzo è espressamente autorizzato dal concorrente, al domicilio eletto o all'indirizzo di posta elettronica o al numero di fax indicato dal destinatario in sede di candidatura o di offerta. Nel caso di invio a mezzo posta o notificazione, dell'avvenuta spedizione è data contestualmente notizia al destinatario mediante fax o posta elettronica, anche non certificata, al numero di fax ovvero all'indirizzo di posta elettronica indicati in sede di candidatura o di offerta. La comunicazione è accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione contenente almeno gli elementi di cui al comma 2, lettera c), e fatta salva l'applicazione del comma 4; l'onere può essere assolto nei casi di cui al comma 5, lettere a), b), e b-bis), mediante l'invio dei verbali di gara, e, nel caso di cui al comma 5, lettera b-ter), mediante richiamo alla motivazione relativa al provvedimento di aggiudicazione definitiva, se già inviata. La comunicazione dell'aggiudicazione definitiva e quella della stipulazione, e la notizia della spedizione sono, rispettivamente, spedita e comunicata nello stesso giorno a tutti i destinatari, salva l'oggettiva impossibilità di rispettare tale contestualità a causa dell'elevato numero di destinatari, della difficoltà di reperimento degli indirizzi, dell'impossibilità di recapito della posta elettronica o del fax a taluno dei destinatari, o altro impedimento oggettivo e comprovato. (comma aggiunto dall'art. 2, comma 1, lettera d), d.lgs. n. 53 del 2010) 5-ter. Le comunicazioni di cui al comma 5, lettere a) e b), indicano la data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto. (comma aggiunto dall'art. 2, comma 1, lettera d), d.lgs. n. 53 del 2010). 5-quater. Fermi i divieti e differimenti dell'accesso previsti dall'articolo 13, l'accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione ai sensi del presente articolo è consentito entro dieci giorni*


ISSN 2036-7821

Finché è rimasto in piedi il sistema di comunicazioni previsto nel 2006 non si sono posti particolari problemi. Essi, comunque, potevano essere risolti con l'applicazione del canone dell'effettività propugnato dal Giudice del Lussemburgo come analizzato nel precedente §.

In particolare, era stato affermato[57] in modo costante in giurisprudenza che:

i. il termine per ricorrere scattava dal momento in cui si riceveva una comunicazione completa ed esaustiva dell'aggiudicazione e delle scelte alla sua base;

ii. lo stesso – a seguito dell'introduzione nell'art. 79 del c. 5 *quater* ad opera del d. lgs. 53/10 - poteva essere ampliato fino ad un massimo di 10 giorni, spazio concesso alla P.A. per concedere l'accesso informale all'altrui documentazione solo in relazione ai profili non evincibili dal primo documento;

iii. se la P.A. assumeva comportamenti ostruzionistici, il termine scattava dal momento in cui era stato effettivamente possibile per l'operatore conoscere la documentazione[58].

La situazione è mutata, perché l'introduzione del d. lgs. 50/2016 (nel quale non era più previsto l'adempimento comunicazionale disciplinato in modo assai diffuso dall'art. 79) non è stata accompagnata da una riscrittura adeguatrice della disposizione processuale.

Si sopperiva a tale carenza – nel tentativo di fornire delle norme una lettura garantista - ritenendo il rinvio alla disposizione abrogata non materiale, ma formale: ciò rendeva possibile ancorare il termine al d. lgs. 50/2016, con riferimento stavolta all'art. 76[59], in particolare al c. 2.

---

*dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia. Non occorre istanza scritta di accesso e provvedimento di ammissione, salvi i provvedimenti di esclusione o differimento dell'accesso adottati ai sensi dell'articolo 13. Le comunicazioni di cui al comma 5 indicano se ci sono atti per i quali l'accesso è vietato o differito, e indicano l'ufficio presso cui l'accesso può essere esercitato, e i relativi orari, garantendo che l'accesso sia consentito durante tutto l'orario in cui l'ufficio è aperto al pubblico o il relativo personale presta servizio. (comma aggiunto dall'art. 2, comma 1, lettera d), d.lgs. n. 53 del 2010). 5-quinquies. Il bando o l'avviso con cui si indice la gara o l'invito nelle procedure senza bando fissano l'obbligo del candidato o concorrente di indicare, all'atto di presentazione della candidatura o dell'offerta, il domicilio eletto per le comunicazioni; il bando o l'avviso possono altresì obbligare il candidato o concorrente a indicare l'indirizzo di posta elettronica o il numero di fax al fine dell'invio delle comunicazioni (comma aggiunto dall'art. 2, comma 1, lettera d), d.lgs. n. 53 del 2010)".*

[57] Il terzetto di regole sotto indicate aveva sostituito la precedente secondo cui per l'impugnazione bastava la conoscenza dell'esistenza di un provvedimento lesivo; si rinvia, tra tutte, a Cons. st., sez. IV, sent. 21 maggio 2004, n. 3298. Tutte le sentenze del G.A. citate nel presente scritto sono reperibili in libera consultazione all'indirizzo *www.giustizia-amministrativa.it*.

[58] Un'ampia rassegna dei precedenti si legge in Cons. st., sez. V, ord. 2 aprile 2020, n. 2215.

[59] *"1. Le stazioni appaltanti, nel rispetto delle specifiche modalità di pubblicazione stabilite dal presente codice, informano tempestivamente ciascun candidato e ciascun offerente delle decisioni adottate riguardo alla conclusione di un accordo quadro, all'aggiudicazione di un appalto o all'ammissione ad un sistema dinamico di acquisizione, ivi compresi i motivi dell'eventuale decisione di non concludere un accordo quadro o di non aggiudicare un appalto per il quale è stata indetta una gara o di riavviare la procedura o di non attuare un sistema dinamico di acquisizione. 2. Su richiesta scritta dell'offerente e del candidato interessato, l'amministrazione aggiudicatrice comunica immediatamente e comunque entro quindici giorni dalla ricezione della richiesta: a) ad ogni offerente escluso, i motivi del rigetto della sua offerta, inclusi, per i casi di cui*


ISSN 2036-7821

Tuttavia, questa disposizione non prevedeva più l'accesso informale alle altrui offerte, ma l'invio a cura della P.A. entro 15 giorni su istanza dell'interessato delle ragioni alla base dell'aggiudicazione.
L'oggetto delle due disposizioni sembra molto difforme[60]: una cosa è l'accesso all'offerta di un concorrente, altra è la comunicazione della P.A. delle motivazioni dell'aggiudicazione
Inoltre, era assente nell'art. 76 ogni previsione sulle modalità di calcolo del decorso del termine per la richiesta di informazioni e di ancoraggio dello stesso alla comunicazione.

---

*all'articolo 68, commi 7 e 8, i motivi della decisione di non equivalenza o della decisione secondo cui i lavori, le forniture o i servizi non sono conformi alle prestazioni o ai requisiti funzionali; a-bis) ad ogni candidato escluso, i motivi del rigetto della sua domanda di partecipazione; b) ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta ammessa in gara e valutata, le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato l'appalto o delle parti dell'accordo quadro; c) ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta ammessa in gara e valutata, lo svolgimento e l'andamento delle negoziazioni e del dialogo con gli offerenti. 2-bis. Nei termini stabiliti al comma 5 è dato avviso ai candidati e ai concorrenti, con le modalità di cui all'articolo 5-bis del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, o strumento analogo negli altri Stati membri, del provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti. (comma introdotto dall'art. 1, comma 20, lett. n), della legge n. 55 del 2019) 3. (abrogato) 4. Le amministrazioni aggiudicatrici non divulgano le informazioni relative all'aggiudicazione degli appalti, alla conclusione di accordi quadro o all'ammissione ad un sistema dinamico di acquisizione, di cui ai commi 1 e 2, se la loro diffusione ostacola l'applicazione della legge o è contraria all'interesse pubblico, o pregiudica i legittimi interessi commerciali di operatori economici pubblici o privati o dell'operatore economico selezionato, oppure possa recare pregiudizio alla leale concorrenza tra questi. 5. Le stazioni appaltanti comunicano d'ufficio immediatamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni: a) l'aggiudicazione, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati [rectius: a tutti gli offerenti] che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione o sono in termini per presentare impugnazione, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se tali impugnazioni non siano state respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva; b) l'esclusione ai candidati e agli offerenti esclusi; c) la decisione di non aggiudicare un appalto ovvero di non concludere un accordo quadro, a tutti i candidati; d) la data di avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario, ai soggetti di cui alla lettera a) del presente comma. 6. Le comunicazioni di cui al comma 5 sono fatte mediante posta elettronica certificata o strumento analogo negli altri Stati membri. Le comunicazioni di cui al comma 5, lettere a) e b), indicano la data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto".*

[60] Diverso è ancora è il contenuto dell'art. 29, c. 1 del d. lgs. 50/2016: "*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 e l'esecuzione 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. Nella stessa sezione sono pubblicati anche i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione con le modalità previste dal decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Gli atti di cui al presente comma recano, prima dell'intestazione o in calce, la data di pubblicazione sul profilo del committente. 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 pubblicazione sul profilo del committente*".


ISSN 2036-7821

In alternativa, si riteneva che non si potesse operare alcun riferimento all'art. 76 e che, quindi, il termine decorresse dalla pubblicazione in via informatica dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 29 d. lgs. 50/16, dalla sua comunicazione o dalla sua conoscenza maturata in modo diverso; questo valeva per qualsiasi tipo di vizio, che esso fosse o meno desumibile dal provvedimento di assegnazione.
Tale orientamento poggiava (invero alquanto apoditticamente) sull'importanza assunta in materia di appalti dalla digitalizzazione.
Non era mutata, invece, la soluzione ai comportamenti dilatori, in presenza dei quali il potere di impugnazione non si consumava.
La "pigrizia" del legislatore ha imposto un intervento correttivo ai Giudici sia amministrativi che costituzionali.
Essi hanno proposto una ricostruzione alternativa del sistema e, al contempo, hanno sollecitato il legislatore ad un intervento correttivo sul punto[61] (si è dovuto attendere il 2023 perché l'invito fosse accolto).
Esaminiamo ora la soluzione proposta dai Giudici di Palazzo Spada prima ed accettata dalla Consulta poi.
L'intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è stato sollecitato dalla V Sezione, con l'ordinanza n. 2215 del 2 aprile 2020.
La composizione di vertice della Giustizia amministrativa si è pronunziata con la sentenza n. 12 del 2 luglio 2020[62].
La soluzione data al problema porta alla creazione di una complessa regola "eclettica" di matrice giurisprudenziale[63], secondo cui il termine può decorrere da vari eventi, tra loro complementari.

---

[61] Tanto in applicazione di quanto disposto dall'art. 58 R.D. 444/42, istituto su cui si veda G. VALENTINI, *La segnalazione da parte del Consiglio di Stato della legislazione oscura, imperfetta od incompleta al Governo. Spunti problematici e rischi di sovrapposizione con la questione di costituzionalità*, in *www.federalismi.it*, 2023.

[62] La statuizione ha comprensibilmente destato l'interesse della dottrina. Si vedano: M. A. SANDULLI, *L'Adunanza Plenaria n. 12/2020 esclude i "ricorsi al buio" in materia di contratti pubblici, mentre il legislatore amplia le zone grigie di tutela*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2020; S. ROSATI, *La disciplina nazionale sulla decorrenza del termine di impugnazione dell'aggiudicazione, tra (in)certezze legislative e orientamenti giurisprudenziali*, in *www.ildirittoamministrativo.it*, 2020; E. LUBRANO, *La decorrenza del termine nel processo-appalti (dalla conoscenza della motivazione e degli atti endoprocedimentali) dopo la Adunanza Plenaria n. 12/2020: un principio da estendersi a tutti i settori del diritto amministrativo*, in *www.federalismi.it*, 2020; L. BERTONAZZI, *La decorrenza del termine per ricorrere contro l'aggiudicazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, p. 609 ss.; F. GASPARI, *Decorrenza del termine per ricorrere, piena conoscenza dell'atto lesivo e giusto processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2020, p. 389 ss.; M. LIPARI, *La decorrenza del termine per la proposizione del ricorso nel rito appalti dopo la decisione dell'Adunanza Plenaria n. 12/2020: certezze acquisite e problemi applicativi aperti*, in *Il libro della giustizia amministrativa*, Torino, 2021, p. 35 ss.

[63] Per L. BERTONAZZI, *La decorrenza cit.*, il Giudice Amministrativo avrebbe usurpato la funzione del legislatore e sarebbe arrivato ad un risultato possibile solo alle Camere o alla Corte Costituzionale con una sentenza additiva di principio. In direzione analoga, seppur più problematica, G. VALENTINI, *La segnalazione cit.*, che preferisce parlare di attività di interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni in materia di decorrenza del termine, attività da cui scaturisce diritto vivente e che solo potenzialmente è confliggente con le competenze del Giudice delle leggi.


ISSN 2036-7821

Il tutto nello sforzo – invero non semplice, va riconosciuto – di bilanciare certezza ed effettività[64].

Il primo elemento, a cui prestare attenzione, è la pubblicazione effettuata ai sensi dell'art. 29 d. lgs. 50/16, da cui decorre una presunzione legale di conoscenza. Si introduce così un vero e proprio primo onere in capo agli operatori di essere diligenti nella consultazione dei siti delle stazioni appaltanti[65].

Le comunicazioni effettuate da queste ultime nelle modalità previste dai bandi[66] ed accettate dai partecipanti danno poi la possibilità agli operatori di acquisire informazioni, relative sia a vizi nuovi che a illegittimità già evincibili dagli atti pubblicati; esse forniscono così modo per effettuare il calcolo del termine per proporre un ricorso principale o motivi aggiunti con speciale riferimento ai documenti non pubblicati, rilevanti - ad esempio - per contestare una valutazione di non anomalia.

Ovviamente, se è mancata la pubblicazione, il termine parte solo dal momento di ricezione della comunicazione.

In caso di accesso, esercitabile in 15 giorni dalla comunicazione[67] (secondo onere introdotto in via giurisprudenziale a carico dei privati e senza che la legge individui

---

[64] La difficoltà del bilanciamento emerge nel punto 28.2 – centrale a parere dello scrivente – della sentenza. Il principio base della direttiva e delle discipline nazionali di recepimento è che "*la decorrenza del termine di impugnazione dipenda dall'accertamento di una "data oggettivamente certa", riconducibile al rispetto delle disposizioni sulle informazioni dettagliate, spettanti ai partecipanti di gara*". Resta, in effetti, il dubbio di come garantire la certezza in presenza di un termine, che può scattare in modo multiplo. Per E. LUBRANO, *La decorrenza cit.*, lo sforzo della Plenaria di ancorare alla motivazione il temine a ricorrere risponde anche alla necessità di far scattare nel giudizio una garanzia rispetto a fenomeni di mala amministrazione e comunque tale da far rispettare i principi di imparzialità e di buon andamento. Sia consentito formulare una garbata critica a questa proposta. Se si condivide il forte accento per ampliare a tutti i settori del diritto amministrativo il principio della piena conoscenza quale base per la decorrenza del termine a ricorrere, non pare a chi scrive assentibile l'accento su una valenza "indiretta" dei giudizi amministrativi. Il processo amministrativo non è il luogo deputato alla protezione di questi valori, ma in esso rileva solo la tensione al bene della vita collegato alla domanda di giustizia dell'amministrato. Proprio l'ambiguità su quest'aspetto è fonte delle difficoltà sul punto, che si attenuano non appena si identica in modo netto la funzione del processo.

[65] L. BERTONAZZI, *La decorrenza cit.*, nota condivisibilmente come il riferimento alla pubblicazione quale elemento che fa scattare il decorso del termine per un atto sottoposto ad un onere di comunicazione individuale contrasti con i principi derivanti dal diritto UE in tema di individuazione del *dies a quo*. In accordo con il quadro giuridico sovranazionale, tale adempimento può essere preso in considerazione solo per i bandi e non certo per le aggiudicazioni o le esclusioni.

[66] Anche qui ulteriore punto problematico, già messo in luce da parte della dottrina. L. BERTONAZZI, *La decorrenza cit.*, correttamente rileva che i bandi non possono introdurre forme di comunicazione diverse da quelle previste dalla legge, ma solo specificare le modalità già indicate da quest'ultima.

[67] Non ci si può esimere dal far notare sul punto un'ulteriore contraddizione, che si aggiunge alla sovrapposizione tra accesso e richiesta di informazioni, già qualificata come "*spericolata acrobazia interpretativa*" da L. BERTONAZZI, *La decorrenza cit*. perché la Plenaria muta il diritto di chiedere informazioni in un onere. La sentenza dell'A.P. fa riferimento all'accesso disciplinata dal D.P.R. 184/06, che – come noto – si esercita in 30 giorni ed in questo caso non può essere informale perché esiste un controinteressato, dotato di specifiche garanzie procedimentali. Orbene, incredibilmente il termine non viene ampliato per tale lasso di tempo, ma ampliato in quello differente di 15 giorni previsti dall'art. 76 d. lgs. 50/16. Potenza del creazionismo giurisprudenziale!


ISSN 2036-7821

– come detto - un termine per l'adempimento), si ottiene pure una dilazione del termine di ricorso per lo stesso tempo, di nuovo solo per censure collegate ai documenti conosciuti successivamente.
Resta fermo, infine, che i comportamenti ostruzionistici della P.A., che consenta l'accesso oltre il quindicesimo giorno, comportano una decorrenza *ex novo* del termine nella sua interezza.
La Corte Costituzionale è intervenuta sulla questione con sent. n. 204 del 28 ottobre 2021, dietro sollecitazione del TAR di Lecce effettuata per il tramite dell'ord. 2 marzo 2020, n. 297[68].
La questione inerisce, stavolta ed in prima apparente battuta, al tema delle modalità di calcolo del termine per la proposizione di motivi aggiunti nel caso in cui sia stata già impugnata l'aggiudicazione a seguito della sua pubblicazione.
Il Giudice *a quo* lo ritiene in contrasto con il diritto di difesa, se calcolato – come impone il tenore letterale della legge - dal momento della ricezione della comunicazione di aggiudicazione e, per l'effetto, equiparato a quello di proposizione del ricorso principale.
Tanto perché l'art. 120 c.p.a. richiama espressamente l'art. 79 d. lgs. 163/06 ed il momento individuato da questa disposizione non sarebbe suscettibile di sostituzione con quanto disposto dall'art. 76 d. lgs. 50/16.
Una diversa soluzione, benché costituzionalmente orientata, non potrebbe essere accolta, in quanto consisterebbe in una reinterpretazione della legge oltre il suo dato testuale, pacificamente inibita al Giudice.
Neppure ne sarebbe possibile una disapplicazione, perché la disciplina europea non è *self-executing* e non potrebbe, quindi, essere introdotta una sostituzione di quella nazionale.
Tanto in coerenza con il principio di autonomia processuale, riconosciuta agli Stati membri nell'applicazione del diritto UE con i noti limiti dei principi di equivalenza e di effettività.
Quindi, ad avviso del rimettente la questione - che postula per la sua soluzione una manipolazione del quadro normativo - può essere risolta dalla sola Consulta.
Se questi sono gli argomenti utilizzati dal Giudice *a quo*, la soluzione dei Quindici è sostanzialmente un riconoscimento della bontà degli approdi raggiunti dal Consiglio

[68] Sulla sentenza della Corte si vedano: M. A. SANDULLI, *Per la Corte Costituzionale non c'è incertezza sui termini per ricorrere nel rito appalti: la sentenza n. 204 del 2021 e il creazionismo normativo dell'Adunanza Plenaria*, in *www.federalismi.it*, 2021; A. MIRABILE, *Il termine dei motivi aggiunti in materia di contratti pubblici e l'incertezza della Corte Costituzionale*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2021; L. BERTONAZZI, *Il termine per impugnare l'aggiudicazione nella sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2021*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 545 ss.


ISSN 2036-7821

di Stato, identificati quale diritto vivente e riaffermati anche a prescindere dalla specificità del tema sollevato nell'ordinanza di rimessione[69].
In particolare, si ritiene che il rinvio integrale all'abrogato art. 79 d. lgs. 163/06 presente nell'art. 120 c.p.a. consenta di sostituire questa disposizione con l'analogo art. 76 d. lgs. 50/16. Ciò introduce la possibilità della dilazione di 15 giorni del termine di ricorso per la proposizione dei motivi aggiunti, calcolati dal momento in cui il materiale su cui gli stessi si basano viene comunicato dalla P.A. e messo a disposizione dell'operatore economico, senza che rilevi la differenza con l'accesso.
Questo è possibile perché il Giudice costituzionale, da un lato, ritiene il rinvio solo di portata formale e ne esclude il carattere recettizio e, dall'altro, perché ritiene che l'art. 76 contenga un'ipotesi di accesso informale (in modo alquanto insondabile).
Inoltre, nel computo del *dies a quo* per i motivi aggiunti sarebbe irragionevole e contrastante con l'interpretazione della CGUE prendere a riferimento un termine fissato in un momento in cui un soggetto - nemmeno con l'ordinaria diligenza - sarebbe stato in grado di conoscere profili di possibile illegittimità.
Ciò rende il meccanismo della dilazione temporale del tutto in linea con il testo costituzionale.
La giurisprudenza di primo e di secondo grado ha dato applicazione a quello che il Giudice delle leggi aveva definito diritto vivente, con l'individuazione - tuttavia - di alcuni sottocasi inerenti alla tempestività della proposizione dell'istanza di accesso ed alle modalità di calcolo della dilazione dei termini[70].
Sono possibili una serie di considerazioni, invero alquanto perplesse, su quest'orientamento giurisprudenziale.
Il disallineamento del termine di ricorso e di quello sospensivo per la stipulazione del contratto, che è connaturato alla creazione di casi in cui il ricorso si propone legittimamente dopo i 35 giorni dello *stand still* sostanziale, comporta conseguenze difficilmente tollerabili in tema sia di effettività della tutela che di certezza degli effetti giuridici[71].
A parte questo elemento – che contrasta con la *ratio* del diritto UE in materia, teso a permettere un rimedio utile - la ricostruzione sconta poi un frainteso di fondo.
Già si è evidenziato che esistono tra accesso all'offerta e comunicazione dei motivi dell'aggiudicazione intuibili differenze ontologiche.

[69] In effetti, come evidenzia L. BERTONAZZI, *Il termine cit.*, l'interpretazione dell'allora art. 120, c. 5 c.p.a. è tema estraneo al quesito sollevato dal G.A. leccese.

[70] Si richiamano in questa sede: Cons. stato, sez. V, sent. 15 marzo 2023, n. 2736; T.A.R. Napoli, sez. V, sent. 28 aprile 2023, n. 2597.

[71] La criticità di una simile discrasia è stata correttamente messa in luce da A. MIRABILE, *Il termine cit.*, che evidenzia come il mancato collegamento tra i due termini incida pesantemente sull'effettività della tutela a cui mira la disciplina UE *in subiecta materia*.


ISSN 2036-7821

Inoltre, va ribadito che l'ordinamento non prevede un termine entro il quale un operatore economico debba inviare un'istanza di accesso all'altrui offerta.
In presenza di queste due caratteristiche, è legittimo imporre ad una parte un comportamento sostanziale, la cui omissione ha conseguenze processuali pur in assenza di una specifica previsione legislativa?
Non sembra agevole una risposta positiva. Non pare, inoltre, possibile replicare in questa ipotesi la regola del concorso di colpa del creditore quale criterio di attenuazione/esclusione del risarcimento extracontrattuale, anche perché manca una previsione in questo senso.
Ed ancora, sorge naturale una seconda domanda.
Perché la dilazione del termine per la proposizione del ricorso, in caso di comportamenti ostruzionistici, è di 30 giorni, mentre nel caso di tempestivo riscontro all'istanza di accesso essa consente un ampliamento di soli 15 giorni[72]?
Già si è visto che non trova appiglio testuale l'onere di proporre una domanda di accesso in 15 giorni; già questo elemento tenderebbe a permettere una risposta nel senso di concedere 30 giorni per il ricorso dalla conoscenza degli atti.
Ad esso si aggiunga una seconda considerazione: il termine per ricorrere deve restare di 30 giorni dalla conoscenza piena del provvedimento lesivo e non può essere dimezzato, per di più in via pretoria.
Il protagonismo del Giudice consente, infine, la formulazione di un ulteriore dubbio, stavolta sistemico.
E' giusto far valer l'articolato complesso di regole – sicuramente animate da un afflato garantista – descritto nel presente § solo nel rito appalti?
Non sarebbe opportuno estendere le stesse a tutti gli ambiti del processo amministrativo, in modo da dare una concreta espressione al principio di effettività e di uguaglianza[73]?
La suggestione ampliativa è forte, soprattutto per evitare discrasie censitarie che una lettura restrittiva della necessità della conoscenza di una motivazione per la proposizione del ricorso è capace di veicolare.

### *4. Il risveglio del legislatore ed il nuovo codice dei contratti.*

La riforma[74] sul calcolo del termine di ricorso nel rito appalti è stata costruita secondo questo criterio di interpretazione "autentica": "*se tutto è accessibile online, non ci saranno più dubbi sulla conoscenza degli atti lesivi*"[75].

---

[72] L. BERTONAZZI, *Il termine cit.*, evidenzia che per superare l'aporia evidenziata nel testo e dalla ridda di differenti applicazioni della regola di diritto la dilazione temporale va interpretata come "*semplice differimento del dies a quo di un termine per ricorrere sempre uguale a se stesso, insuscettibile com'è, in quanto decadenziale e in difetto di differente opzione normativa, di sospensione, interruzione e di ogni altra tecnica di computo dal risultato equivalente*".

[73] Simili quesiti sono assai opportunamente agitati anche da E LUBRANO, *La decorrenza cit.*, e da L. BERTONAZZI, *La decorrenza cit.*


ISSN 2036-7821

Essa sembra poi aver accolto (parzialmente) il suggerimento di parte della dottrina, che aveva evidenziato come per superare il problema, su cui erano intervenuti Plenaria e Giudice delle Leggi, fosse necessario effettuare un raccordo tra: i) adempimenti comunicativi in capo alle P.A.; ii) decorso del termine di contestazione; iii) periodo di inibitoria alla stipulazione del contratto; iv) efficacia dell'aggiudicazione ad esito della verifica dei requisiti[76].

E' stato così confermato che il tema in esame doveva essere chiarito con una modifica - prima che di rango processuale - di tipo sostanziale; era, cioè, necessario in prima battuta correggere la dimenticanza della riforma del 2016, che non aveva adeguato il c.p.a. alla nuova disciplina in materia di comunicazioni.

Nella novella[77] il decorso del termine è ancorato alla comunicazione degli esiti della gara ai sensi dell'art. 90[78]. Unitamente a tale adempimento andrebbe effettuata la messa a disposizione per via telematica delle informazioni individuate in modo puntuale da un'altra disposizione del d. lgs., l'art. 36[79], che comunque deve intervenire non più tardi di 5 giorni dall'adozione dell'aggiudicazione[80].

---

[74] Un possibile eccesso di delega, da cui sarebbe viziato dal d. lgs. 36/2023, in ordine alle modifiche al c.p.a. non collegate agli effetti sul processo delle comunicazioni e della pubblicità degli atti di gara è ipotizzato da M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale amministrativa e il precontenzioso ANAC nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.lamministrativista.it*, 2023, al momento il commento più analitico e ricco di spunti della riforma. La legge delega n. 77/2022 prevede all'art. 1, c. 2, lett. II) solo questo criterio: "*estensione e rafforzamento dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto*". L'Autore rintuzza tale dubbio, ipotizzando che tutto l'intervento in ambito processuale sia connotato da finalità semplificatorie.

[75] L. CARBONE, *op. ult. cit.*, il quale in modo leale ed intelligente ammette le sue preoccupazioni sulla difficile realizzabilità di un'immediata e piena digitalizzazione degli apparati amministrativi. Sull'importanza della digitalizzazione delle procedure di selezione del contraente, obiettivo già presente nell'ordinamento a causa delle direttive europee del 2014 e la cui importanza è stata accresciuta prima dalla pandemia poi dal PNRR, si veda G. CARLOTTI, *I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023, il quale segnala tra le finalità della realizzazione un sistema di *e procurement* proprio garantire al massimo trasparenza e pubblicità dei procedimenti. Un forte accento sulla digitalizzazione per recuperare le difficoltà collegate all'esatta individuazione del momento del decorso del dies a quo era stato suggerito come rimedio alla previgente situazione da A. MIRABILE, *Il termine cit.*

[76] M. A. SANDULLI, *Il rito speciale cit.*

[77] Ecco il vigente testo *in parte qua* dell'art. 120, c. 2 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, sono proposti nel termine di trenta giorni. Il termine decorre, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 90 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge n. 78 del 2022 (ora del decreto legislativo 30 marzo 2023, n. 36) oppure dal momento in cui gli atti sono messi a disposizione ai sensi dell'articolo 36, commi 1 e 2, del medesimo codice dei contratti pubblici*".

[78] "*Nel rispetto delle modalità previste dal codice, le stazioni appaltanti comunicano entro cinque giorni dall'adozione: … b) l'aggiudicazione all'aggiudicatario; c) l'aggiudicazione, e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato l'appalto o parti dell'accordo quadro, a tutti i candidati e concorrenti che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta non siano state definitivamente escluse, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se tali impugnazioni non siano state già respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva*".

[79] Art. 36, c. 1 e 2, d. lgs. 36/23: "*L'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario, i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione sono resi disponibili, attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale di cui all'articolo 25 utilizzata dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, a tutti i candidati e offerenti non*


ISSN 2036-7821

Per i primi cinque operatori in graduatoria è prevista una reciproca messa a disposizione dei medesimi dati e delle offerte.
E' proprio la comunicazione dell'aggiudicazione a far scattare in modo inequivoco il termine di ricorso[81]; il provvedimento conclusivo è poi ora adottabile solo dopo la verifica del possesso dei requisiti del soggetto proposto quale vincitore dalla commissione di gara[82].
Tutto il sistema dell'accesso ai documenti[83] è, infine, impostato dal già citato art. 36 non più sulla richiesta delle parti, ma su uno specifico onere in capo alla P.A.
Quest'ultima è tenuta ad una decisione preventiva sulla secretazione di alcune parti delle offerte, contestabile con un rito speciale in materia di accesso[84].
Comunque, la mancata ostensione non blocca i termini per la proposizione del ricorso, che resta attivabile per aspetti collegati alle offerte tecniche o alle valutazioni di non anomalia o a dati secretati solo insieme al rito speciale in materia di accesso.
La mancata messa a disposizione del dato non impedisce il maturare del termine decadenziale: tale caratteristica del nuovo testo legislativo induce, purtroppo, a

*definitivamente esclusi contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 90. 2. Agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria sono resi reciprocamente disponibili, attraverso la stessa piattaforma, gli atti di cui al comma 1, nonché le offerte dagli stessi presentate*".

[80] Si è inteso in tal modo risolvere "*con la massima precisione l'intricato nodo*" oggetto del presente saggio per riprendere l'efficace espressione di M. LIPARI, *La tutela cit*.

[81] Art. 36, c. 9, d. lgs. 36/23: "*Il termine di impugnazione dell'aggiudicazione e dell'ammissione e valutazione delle offerte diverse da quella aggiudicataria decorre comunque dalla comunicazione di cui all'articolo 90*".

[82] Art. 17, c. 5, d. lgs. 36/23: "*L'organo preposto alla valutazione delle offerte predispone la proposta di aggiudicazione alla migliore offerta non anomala. L'organo competente a disporre l'aggiudicazione esamina la proposta, e, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace*".

[83] Già G. CARULLO, *Appalti: il termine cit.*, aveva proposto una simile modalità di costruzione della disciplina sostanziale. E' il caso di riportare l'art. 36, c. 3-8, d. lgs. 36/23: "*3. Nella comunicazione dell'aggiudicazione di cui al comma 1, la stazione appaltante o l'ente concedente dà anche atto delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte di cui ai commi 1 e 2, indicate dagli operatori ai sensi dell'articolo 35, comma 4, lettera a). 4. Le decisioni di cui al comma 3 sono impugnabili ai sensi dell'articolo 116 del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato I al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, con ricorso notificato e depositato entro dieci giorni dalla comunicazione digitale della aggiudicazione. Le parti intimate possono costituirsi entro dieci giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notifica del ricorso. 5. Nel caso in cui la stazione appaltante o l'ente concedente ritenga insussistenti le ragioni di segretezza indicate dall'offerente ai sensi dell'articolo 35, comma 4, lettera a), l'ostensione delle parti dell'offerta di cui è stato richiesto l'oscuramento non è consentita prima del decorso del termine di impugnazione delle decisioni di cui al comma 4. 6. Nel caso di cui al comma 4 la stazione appaltante o l'ente concedente può inoltrare segnalazione all'ANAC la quale può irrogare una sanzione pecuniaria nella misura stabilita dall'articolo 222, comma 9, ridotta alla metà nel caso di pagamento entro trenta giorni dalla contestazione, qualora vi siano reiterati rigetti di istanze di oscuramento. 7. Il ricorso di cui al comma 4 è fissato d'ufficio in udienza in camera di consiglio nel rispetto di termini pari alla metà di quelli di cui all'articolo 55 del codice di cui all'allegato I al decreto legislativo n. 104 del 2010 ed è deciso alla medesima udienza con sentenza in forma semplificata, da pubblicarsi entro cinque giorni dall'udienza di discussione, e la cui motivazione può consistere anche in un mero richiamo delle argomentazioni contenute negli scritti delle parti che il giudice ha inteso accogliere e fare proprie. 8. Il rito e i termini di cui ai commi 4 e 7 si applicano anche nei giudizi di impugnazione*". Resta un quesito a cui solo l'esperienza saprà dare una risposta: il nuovo rito accesso si può utilizzare per avere documenti o serve solo per contestare oscuramento?

[84] M. LIPARI, *La tutela cit.*


ISSN 2036-7821

credere che per aspetti cautelativi si assisterà a impugnazioni generalizzate e reciproche delle decisioni di oscuramento[85].
E' una situazione gravosa che pare destinata a far sbocciare di nuovo una *querelle* e conferma che il legislatore ritiene che in questo settore sulla garanzia di una tutela effettiva faccia premio l'efficienza dei tempi di definizione del contenzioso[86].
Si potrebbe ipotizzare – per ovviare a tale rischio ed in recepimento dei principi affermati dalla CGUE in C-927/19 su cui *supra* § 2 - un'anticipazione della decisione sull'oscuramento delle offerte al momento della proposta di aggiudicazione.
Qualche notazione finale sull'intero impianto della riforma.
Non pare più utilizzabile il riferimento per il calcolo del *dies a quo* alla pubblicazione, senza l'esperimento della comunicazione individuale.
Al pari, sembra che sussista l'esclusione del criterio alternativo, collegato alla conoscenza effettiva (non più richiamata dall'art. 120), per il computo del decorso del termine.
Pertanto, non può ritenersi sufficiente la messa a disposizione degli atti senza previa comunicazione per il calcolo del *dies a quo*.
Di conseguenza, prima dell'espletamento dell'onere di comunicazione individuale, non può essere rintracciato un interesse a ricorrere; la decorrenza del termine di ricorso potrebbe comunque essere dilazionata dalla messa a disposizione degli atti *ex* art. 36 d. lgs. 36/2023[87], qualora non contestuale alla comunicazione, perché il sistema sia in linea con le coordinate derivanti dal diritto UE.
Un'esclusione dell'ampliamento del termine calcolato dal compimento di quest'ultimo onere contrasterebbe, infatti, con le indicazioni della giurisprudenza europea, benché tale lettura possa essere erroneamente ritraibile dal tenore letterale della disposizione.
In verità – per una corretta esegesi del quadro ordinamentale - va rispettato il principio, secondo cui non si può ricorrere contro ciò che non si conosce.
Soprattutto, la P.A. non può sottrarsi ai propri obblighi notiziali[88], specie se ciò avviene per lucrare impropriamente un privilegio in materia di termini processuali.
E' dubbio, di conseguenza, se l'Amministrazione possa eccepire fondatamente l'irricevibilità del ricorso, previa dimostrazione dell'acquisizione dei dati e dei documenti da parte del privato in modo autonomo.
D'altra parte – proseguendo in un'interpretazione garantista – è stato notato che il criterio della piena conoscenza ai fini dell'impugnazione risponderebbe ad un'esigenza della P.A., costituita dalla necessità di conseguire la stabilità del

[85] M. LIPARI, *La tutela cit.*, per evitare la corsa all'impugnazione suggerisce che il termine per contestare la segregazione decorre per il controinteressato dalla notifica del ricorso principale.
[86] M. LIPARI, *La tutela cit.*
[87] M. A. SANDULLI, *Il contenzioso cit.*
[88] M. LIPARI, *La tutela cit.*


ISSN 2036-7821

provvedimento anche senza rispetto delle forme di comunicazione e/o di notificazione[89].
Pertanto, il concetto non pare improntato al canone di favorire l'accesso al Giudice, ma ad un'esigenza di privilegio della P.A.
Chi scrive ritiene che, in assenza di richiamo da parte del legislatore, tale modalità di computo del termine non sia più possibile nemmeno quale criterio residuale e generale a ragione, da un lato, della specialità del rito appalti (che fa prevalere l'art. 120 sulla disciplina generale) e, dall'altro, del fatto che non ci si può dimenticare nell'interpretazione dei costi per l'avvio del giudizio e della tempistica processuale al "fulmicotone".
La messa a disposizione della documentazione è ripresa invece nell'art. 120 c.p.a., come eccezione alla regola del computo del termine dalla comunicazione; è stato osservato che la prima può, però, ampliare il termine nel solo caso di vizi non conoscibili in modo originario e può operare solo in senso favorevole al privato e non a suo svantaggio[90].
Cioè i verbali - anche se conosciuti prima della comunicazione - restano impugnabili nel termine che scatta da questo secondo adempimento.
La legge riconosce finalmente – in superamento dell'elaborazione giurisprudenziale di cui *supra* – che, ai fini del calcolo del termine processuale, il privato non può essere caricato di un obbligo di vigilanza continua in assenza di comunicazione individuale.
Anche questa conclusione è l'unica capace di tagliare in radice lo spazio per comportamenti opportunistici.
Pare che il legislatore si sia fatto carico di limitare al massimo la spiacevole necessità della proposizione dei c.d. ricorsi "al buio"[91], cioè in assenza della conoscenza effettiva del carattere lesivo dell'atto a contenuto negativo[92].
Però, sembra che la scommessa sia stata impostata su binari esclusivamente tecnici: si è ritenuto che un uso massiccio dell'informatica sia in grado di dipanare un problema giuridico.
L'uso della tecnologia è, infatti, una scelta sulla quale il legislatore ha scommesso in modo non surrogabile.
Lasciamo da parte ogni considerazione di ascendenza filosofica su tale esercizio di ottimismo della volontà.
Concentriamoci, invece, su un aspetto pratico.

---

[89] M. RAMAJOLI, *Riflessioni critiche cit.* In relazione al significato del concetto di piena conoscenza si veda anche S. TRANQUILLI, *Prime riflessioni cit.*, la quale ne propone un'interpretazione restrittiva.
[90] M. A. SANDULLI, *Il contenzioso cit.*
[91] *Ratio* su cui centra la sua attenzione M. A. SANDULLI, *Prime considerazioni cit*. nell'analisi della nuova disciplina
[92] R. DAMONTE, *Conoscenza del provvedimento amministrativo e termini di proposizione del ricorso al Giudice Amministrativo*, in *Riv. giur. ed.*, 2000, p. 1136 ss.


ISSN 2036-7821

Non sono rari i casi di malfunzionamento di piattaforme e di sistemi informatici in occasione di gare d'appalto, tanto che sugli stessi si è formata un giurisprudenza *ad hoc*, che ha permesso di individuare il regime di imputazione delle responsabilità in caso di c.d. rischio informatico[93].

Basta, pertanto, un problema tecnologico per mettere a repentaglio il delicato meccanismo messo in piedi dalla riforma (questo si badi bene sempre a voler supporre che tutte le stazioni appaltanti si dotino immediatamente di sistemi informatici all'avanguardia, eventualità abbastanza ottimistica).

Già in passato era stato osservato che gli sforzi del legislatore tesi - nel tentativo di rendere più conoscibile l'azione amministrativa - ad onerare le P.A. di particolari adempimenti comunicativi, purtroppo, non avevano avuto successo.

Anzi, le omissioni (anche maliziose) delle Amministrazioni – saldate a (pressoché costanti) rigidità giurisprudenziali – avevano dato il vita ad una vera e propria "*miscela tossica*"[94] ai danni dei privati, onerati della necessità della proposizione dei già richiamati ricorsi "al buio".

Si potrebbe ora sostenere che il principio della fiducia – una variante della buona fede, a cui è dedicato l'art. 2 d. lgs. 36/2023[95] - costituisca un elemento capace di intervenire sul problema, nel senso di imporre alla P.A. di collaborare con l'operatore economico e di rendere a quest'ultimo disponibili in modo tempestivo i documenti, anche in assenza di un valido sistema informatico.

Il rispetto di tale principio – a meno di non voler ritenere che lo stesso abbia portata meramente esortativa o sia un *flatus vocis* – deve essere necessariamente preso in considerazione per decidere sulla tempestività del ricorso in analogia a quanto capita ora per contrastare i comportamenti opportunistici.

## *5. Conclusioni parziali.*

[93] Il riferimento è, per limitarsi ad un esempio, a Cons. st., sez. III, sent. 24 dicembre 2019 n. 8760: "*In caso di malfunzionamento del sistema informatico di gestione della gara non necessariamente deve essere data la possibilità all'operatore economico di presentare la propria offerta di modo da garantire la par condicio competitorum, come nel caso in cui il disciplinare contenga una clausola che preveda che "La presentazione dell'offerta mediante il Sistema è a totale ed esclusivo rischio del concorrente, il quale si assume qualsiasi rischio in caso di mancata o tardiva ricezione dell'offerta medesima, dovuta, a mero titolo esemplificativo e non esaustivo, a malfunzionamenti degli strumenti telematici utilizzati, a difficoltà di connessione e trasmissione, a lentezza dei collegamenti, o a qualsiasi altro motivo, restando esclusa qualsivoglia responsabilità [della stazione appaltante] .. ove per ritardo o disguidi tecnici o di altra natura, ovvero per qualsiasi motivo, l'offerta non pervenga entro il previsto termine perentorio di scadenza….". In questi casi, esclusi blocchi generalizzati e paralizzanti del sistema, l'impossibilità di portare a termine l'operazione ricade nel "rischio informatico", interamente gravante sul concorrente ai sensi della clausola*".

[94] S. BACCARINI, *Motivazione ed effettività della tutela*, in *Foro amm. TAR*, 2007, p. 3311 ss.

[95] Si riporta il c. 1 della disposizione: "*L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici*". Si rinvia a R. SPAGNUOLO VIGORITA, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.federalismi.it*, 2023 ed alla bibliografia ivi citata.


ISSN 2036-7821

Avviamoci alle conclusioni.
Il tema di questo scritto incide sullo statuto delle garanzie costituzionali e sulla questione della corretta fonte (legislativa o giudiziaria) delle regole processuali.
Una precisa indicazione del termine a ricorrere è necessaria componente del diritto alla tutela effettiva, inteso come pretesa all'applicazione in modo prevedibile e certo di una regola processuale al caso concreto[96].
Ciò permette un ampliamento del campo di analisi.
Già molto prima del c.p.a. il problema della corretta individuazione del *dies a quo* aveva suscitato diverse riflessioni sia in dottrina che in giurisprudenza, anche con riferimento agli atti impugnabili nel rito appalti.
Ad esempio, è del 2007 la sentenza n. 522 del Consiglio di Stato[97], con cui è stato affermato che il termine per l'impugnazione non decorre dalla conoscenza del provvedimento lesivo, bensì dall'effettiva conoscenza della motivazione[98].
Solo quest'ultima avrebbe permesso – in adesione al modello generale dell'azione amministrativa, tracciato dall'art. 3 l. 241/90[99] - di conoscere non solo l'effetto pregiudizievole, ma anche i possibili vizi dell'atto.
In effetti, in assenza di motivazione, il privato non avrebbe un onere, ma solo una mera facoltà di proporre ricorso con possibilità di arricchire l'impugnazione originaria con motivi aggiunti.
Tale orientamento si opponeva ad altra corrente giurisprudenziale[100], secondo cui la sola conoscenza dell'esistenza di un provvedimento lesivo e dei suoi elementi essenziali [tra cui non viene inclusa la motivazione (la cui assenza dovrebbe invero rendere nullo l'atto carente)] faceva scattare i termini per la contestazione.
Questo secondo canone ermeneutico non pare del tutto convincente, in quanto non solo si traduce in un obbligo di ricorso al buio, ma soprattutto costituisce un'ulteriore

---

[96] M. RAMAJOLI, *Riflessioni critiche cit.*

[97] Su questa decisione si veda L. FERRARA, *Motivazione e impugnabilità degli atti amministrativi*, in *Foro amm. TAR*, 2008, p. 1193 ss., le cui considerazioni – pur partendo da una definizione di interesse legittimo quale diritto di credito ad un provvedimento legittimo - sulla necessità della conoscenza della motivazione quale condizione per il ricorso sono assolutamente condivisibili. Sulla medesima decisione si vedano pure B. G. MATTARELLA, *Il declino della motivazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 618 ss. e M. A. SANDULLI, *Fonti e principi della giustizia amministrativa*, in *www.federalismi.it*, 2008.

[98] L'istituto resta al di fuori dell'economia della presente pubblicazione; sullo stesso si rinvia per tutti a G. COCOZZA, *Contributo ad uno studio sulla motivazione del provvedimento amministrativo*, Napoli, 2020.

[99] *"1. Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria. 2. La motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale. 3. Se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile, a norma della presente legge, anche l'atto cui essa si richiama. 4. In ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere"*.

[100] Tra le tante Cons. st., sez. IV, sent. 8 giugno 2000 n. 3268, su cui si veda R. DAMONTE, *Conoscenza cit.*


ISSN 2036-7821

condizione di privilegio in favore della P.A., che si aggiunge al regime dell'inoppugnabilità dei provvedimenti oltre il termine decadenziale.
A ben vedere, se si aderisse a quest'interpretazione, il ricorrente non sarebbe nemmeno in grado di difendersi in modo preciso, con possibile *vulnus*: 1) alla ritualità del ricorso, a ragione della necessità di specificità dei motivi alla sua base[101]; 2) alla democraticità dell'ordinamento, dato che la motivazione costituisce anche un mezzo di controllo generalizzato degli atti amministrativi.
A rinforzare questa conclusione, si può notare che la conoscenza della motivazione costituisca condizione necessaria per la contestazione sia degli atti tributari che di quelli societari e per l'impugnazione delle sentenze. Non pare che in diritto amministrativo si possano sopportare coordinate interpretative differenti, né che l'assenza di motivazione possa essere sanata con una logica di risultato.
Soprattutto, la motivazione non può avere succedanei: ad esempio, non può essere sostituita da informazioni apprese da un rappresentante dei concorrenti nel corso di una seduta di gara.
Tutte queste considerazioni – che valgono per ogni settore del diritto amministrativo[102] - permettono di spostare di nuovo l'asse del discorso dal livello sostanziale a quello processuale.
L'interesse al ricorso, se nasce con la contezza di un provvedimento lesivo, acquisisce un pieno peso specifico con la conoscenza della motivazione (e, forse meglio, della effettiva lesività) dell'atto.
Sino a che non se ne realizza la conoscenza, la condizione dell'azione non ha una dimensione completa.
Se non si è in grado di conoscere la legittimità della scelta afflittiva, il suo carattere *non iure* sarebbe inspiegabilmente presunto, con un'affermazione senza limiti del principio di inoppugnabilità.
Un ricorso, in assenza di specifica contestazione (del resto impossibile, senza conoscere la motivazione del provvedimento che si presume lesivo), sarebbe da ritenersi meramente emulativo perché il privato sarebbe inciso, ma non con certezza danneggiato dall'atto[103].
Quindi, chi scrive propende per una generica irritualità dei ricorsi al buio, da ritenersi azioni di mera iattanza.

---

[101] Tale sanzione è il combinato disposto dei c. 1, lett. d) e 2 dell'art. 40 c.p.a.

[102] Questo sia a ragione del carattere generale dell'obbligo di motivazione che per l'effetto di c.d. *spill over*, che può derivare dalla giurisprudenza del Giudice del Lussemburgo su cui *supra* § 2, anche al di fuori della disciplina della contrattualistica pubblica ed è richiamato da M. A. SANDULLI, *Per la Corte costituzionale cit*.

[103] La differenza tra incisione e lesione è stata di recente ripresa in dottrina da S. BACCARINI, *Motivazione ed effettività cit*., mutuando un'impostazione di precedenti Maestri. Si vedano E. CANNADA BARTOLI, *Decorrenza dei termini e possibilità di conoscenza dei vizi*, *ibidem*, 1961, p. 343 ss. e A. M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato ed ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, p. 243.


ISSN 2036-7821

Tale impostazione – che pare applicabile anche a prescindere ed al di fuori della recente riforma del rito appalti – 1) ancora la lesività e l'onere di promozione del ricorso al momento in cui l'illegittimità dell'atto diventi in concreto apprezzabile; 2) è in linea con l'obbligo di motivazione di tutti i provvedimenti amministrativi; 3) è consentanea al diritto di accesso ordinario, che resta una facoltà procedimentale e non un onere.

Questa soluzione permette altresì di collegare il decorso del termine ad un aspetto connesso sia ad un effettivo comportamento leale della P.A. che ad una conoscenza piena da parte del ricorrente dei profili di possibile vizio, pur se sconta (non lo si può nascondere) un indubbio profilo soggettivo[104].

In alternativa, ci si potrebbe accontentare di un doppio modo di computo dei termini, in adesione a quanto avviene per quelli di notificazione, e con valorizzazione piena della struttura soggettiva del processo amministrativo, nel solco della giurisprudenza più recente che ha individuato due diversi tempi di maturazione del *dies a quo* per la contestazione di un'aggiudicazione, collegati rispettivamente alla comunicazione dell'atto ed alla conoscenza dei documenti presupposti.

Il termine cioè continuerebbe a scattare dalla conoscenza del provvedimento per i profili di illegittimità direttamente ritraibili dallo stesso o dal materiale messo subito a disposizione all'amministrato, mentre slitterebbe in avanti rispetto ad elementi acquisiti in un momento successivo in modo integrale.

Entrambe le letture – anche se la seconda è meno garantista e certa della prima - valorizzano il principio di effettività della tutela ed impongono al Giudice di effettuare tutte le verifiche necessarie sulla ritualità dell'azione, con accentuazione del suo ruolo di interprete e non di creatore del diritto.

Possono conseguirne una lesione o un'attenuazione del principio di inoppugnabilità dei provvedimenti?

E' indubbio; però, una simile impostazione sembra a chi scrive l'unica rispettosa del principio (forse più importante) di effettività delle tutela come impone la Corte di Giustizia.

Un'ultima riflessione, necessaria per rispondere ai quesiti posti nel § 1.

La disciplina del termine è seppur in via secondaria questione di certezza del diritto, perché garantisce al ricorrente, al controinteressato ed alla P.A. una "*specifica manifestazione giuridica del raccordo pace-sicurezza-statualità*"[105].

Ogni problema che la riguarda - a ragione del viluppo di interessi, su cui incide - andrebbe risolto dal legislatore con rigido ancoraggio ad un criterio formale, quello più capace di garantire in astratto l'uguaglianza dei consociati.

---

[104] Il riferimento a questo criterio residuale e sostanziale, pertanto in grado di prevalere su quelli formali, è desunto dall'art. 41, c. 2 c.p.a. ed operato da M. RAMAJOLI, *Riflessioni critiche cit.*, ove si legge un'ampia ricostruzione storica del quadro legislativo e giurisprudenziale sul punto.

[105] M. LUCIANI, *Garanzia ed efficienza cit.*


ISSN 2036-7821

In questa direzione si è già mossa la riforma del 2023, che però non è capace di esaurire tutti i casi possibili.

Preso atto del carattere non onnisciente ed onnipotente del legislatore, più che ad individuare una regola generale, il potere giudiziario - con l'istituto della remissione in termine[106] - potrebbe, nelle fattispecie dubbie ed in applicazione del valore dell'effettività, superare i difetti di chiarezza, le lacune del quadro legislativo e le "asperità" comportamentali delle P.A.[107] in modo da rendere in concreto operanti eguaglianza e diritto di azione[108].

Il Giudice si farebbe così carico del ruolo di interpretare - caso per caso - in modo ragionevole il termine fissato dal legislatore.

Chi scrive ritiene che tale operazione negli episodi più perplessi debba, però, essere portata avanti in modo da favorire più l'accesso alla giustizia che la stabilità dell'ordinamento.

In effetti, una posizione di privilegio della P.A. in sede processuale non sembra più tollerabile, soprattutto per quanto riguarda la fase di avvio della tutela giudiziaria.

Per tale motivo, la stabilità delle decisioni amministrative va interpretata alla luce del principio di effettività, operazione che permette di contenere al massimo le slabbrature alla struttura soggettiva dei giudizi amministrativi conseguenti alla posizioni istituzionale della P.A.

Da questo punto di vista, il legislatore può ritenere in modo legittimo il risarcimento in forma specifica, purché in casi limitati, non erogabile; ciò che non gli è possibile, invece, è privare l'amministrato del diritto di accesso al Giudice o rendere lo stesso incerto.

In questo caso, spetta al giudicante risolvere le controversie in modo da dare la massima applicazione al principio di effettività.

La riforma del 2023 si è mossa in questo senso; chi scrive confida nella saggezza del G.A. perché ne sia garantita un'applicazione improntata a superare finalmente il regime di privilegio di cui paiono ancora inspiegabilmente godere le P.A.

---

[106] Già autorevolissima Dottrina aveva avanzato un suggerimento in questo senso; ci si riferisce a M. RAMAJOLI, *Riflessioni critiche cit.*; A. TRAVI, *La Plenaria interviene sul c.p.a.: segnalazione da parte del giudice delle questioni rilevabili d'ufficio e concessione del beneficio dell'errore scusabile*, in *Urb. app.*, 2011, p. 331 ss.

[107] Una maggiore larghezza nella concessione della remissione in termini per errore scusabile è stata caldeggiata pure da M. LUCIANI, *Garanzia ed efficienza cit.*

[108] Tanto anche in adesione alle considerazioni di L. BERTONAZZI, *Il termine cit.*, secondo cui al potere giudiziario spetta la "*decisione di un caso concreto*" e non la "*soluzione di casi astratti ed ipotetici*".


ISSN 2036-7821