

Effettività della tutela e termini per il ricorso giurisdizionale

di Federico Francesco Guzzi

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Regole generali sui termini di impugnazione nel processo amministrativo. – 3. Termine di impugnazione degli atti di affidamento dei contratti pubblici. – 4. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 2 luglio 2020, n. 12. – 5. Considerazioni sul principio di effettività della tutela giurisdizionale alla luce della decisione dell'Adunanza Plenaria sui termini di impugnazione negli appalti pubblici. – 6. Osservazioni conclusive.

1. Premessa

Un ordinamento giuridico è effettivo¹ nel momento in cui viene osservato dai consociati e di conseguenza quando si realizza uno stretto rapporto di causalità tra norma e atto esecutivo della stessa.

La nozione di effettività² – che è nozione polimorfa – tende al dover essere, determinando una tensione verso il compimento e la realizzazione delle prescrizioni normative; nell'ottica della tutela processuale non è sufficiente il mero riconoscimento delle situazioni giuridiche soggettive: è necessario che la stessa si concretizzi in termini reali, effettivi; che gli strumenti di tutela siano dunque adeguati allo scopo³.

¹ In merito al rapporto tra efficacia ed effettività si veda R. MENEGHELLI, *Il problema dell'effettività nella teoria della validità giuridica*, Padova, 1975, 161, secondo cui: “per efficacia dell'ordinamento s'intende, o per lo meno è bene intendere, il fatto, empiricamente verificabile, che, nella generalità dei casi esso è stato ed è, sino al momento in cui lo si prende in considerazione, osservato e applicato. Per effettività dell'ordinamento si deve, o è bene invece intendere la capacità che esso ha di durare, di costituire e garantire un assetto relativamente stabile e duraturo di rapporti politici e sociali; per effettività deve cioè intendersi una qualità del sistema normativo, e non semplicemente un fatto empiricamente verificabile. Una qualità che, in quanto è desunta, oltre dal fatto efficacia, anche dal significato sociale del sistema normativo cui si riferisce”.

² In merito a siffatta nozione, in teoria generale, si veda A. CATANIA, *Argomenti per una teoria dell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1976; Id. *Diritto positivo ed effettività*, lectio magistralis Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Napoli, 2009; G. GAVAZZI, voce *Effettività (principio di)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989; N. IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, lectio magistralis Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Napoli, 2009; R. MENEGHELLI, *Il problema dell'effettività nella teoria della validità giuridica*, cit; P. PIOVANI, *Voce effettività (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965.

³ “Verrebbe meno ai propri compiti un ordinamento che si limitasse a riconoscere l'astratta titolarità di diritti e/o comunque la meritevolezza di determinate classi di interessi ma non si preoccupasse di garantire la tutela di tali diritti o la soddisfazione degli interessi. L'esigenza di tutela può considerarsi implicitamente riconosciuta nello stesso principio di effettività che caratterizza un determinato ordinamento. Un ordinamento dicesi effettivo non solo quando esso è formalmente in vigore e cioè posto (positus) in conformità delle regole che presiedono alla produzione del diritto (regole sulle fonti di produzione) ma quando trova concreta rispondenza nella realtà economico-sociale, e cioè nei fatti, come volgarmente si dice, nel senso che i comportamenti,

Il decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo)⁴ che non a caso (e in attuazione dell'art. 24 della Costituzione) all'art. 1 prevede che la giurisdizione amministrativa assicuri una tutela piena ed effettiva, si pone proprio in questa direzione, nel momento in cui ad esempio costruisce un quadro chiaro e sistematico delle azioni processuali (di annullamento, di condanna, cautelare, azione avverso il silenzio, azione di nullità) al quale può attingere il ricorrente al fine di far valere la propria situazione giuridica soggettiva⁵.

Naturalmente non è solo l'apparato delle azioni a risultare funzionale allo scopo; la stessa sistematizzazione (di cui agli artt. 7, 133 e 134 del Codice) circa i criteri di riparto di giurisdizione, si pone in questa stessa ottica; si fa infatti maggiore chiarezza in ordine alla esatta individuazione della giurisdizione competente (problema che, evidentemente, ridonda sulle esigenze di effettiva protezione del ricorrente⁶).

All'interno del quadro descritto, la previsione che le azioni a disposizione del ricorrente leso dall'attività amministrativa illegittima siano soggette ad un

singoli e collettivi, ad esso (almeno nella generalità) spontaneamente si adeguano o comunque sono operanti misure di tipo coercitivo che quell'adeguamento realizzano o introducono risultati "sostitutivi" di esso". Cfr. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987, 1

⁴ Per i commenti al Codice si veda: R. CAPONI, *La riforma del processo amministrativo: primi appunti per una riflessione*, in www.giustamm.it; R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it; R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in www.giustamm.it; F. MERUSI, *Giurisdizione e amministrazione: ancora separazione dopo il codice sul processo amministrativo?* in www.giustamm.it; M. A. SANDULLI, *Anche il processo amministrativo ha finalmente un codice*, in *Foro Amm.* - T.A.R.- 5/2010; A. PAJNO, *Il codice amministrativo tra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 9/2010, 885 e ss.; P. L. PORTALURI, *Le "macchine pigre" ed un Codice ben temperato, relazione al convegno: Il codice del processo amministrativo*, Lecce, 12 e 13 novembre 2010, in AA.VV., *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di A. CAVALLARI G. DE GIORGI GEZZI, G.L. PELLEGRINO, P.L. PORTALURI, E. STICCHI DAMIANI, A. VANTAGGIATO, Napoli, 2011, 67 e ss.

⁵ La costruzione da parte del Codice del processo amministrativo di un idoneo apparato di garanzie strumentali, si connette proprio allo schema delle azioni le quali rappresentano un elemento decisivo ai fini dell'attuazione della tutela giurisdizionale; un meccanismo giurisdizionale è quanto più effettivo nel momento in cui consente il ricorso al catalogo più ampio possibile di strumenti e mezzi che consentono la soddisfazione delle pretese sostanziali che si attuano mediante le forme processuali. Sul punto, significativa la relazione governativa al Codice, laddove specifica appunto che: "dopo il riconoscimento della risarcibilità dell'interesse legittimo (ad opera della Cassazione, Sez. Un., 22 luglio, n. 500 del 1999) e i successivi interventi normativi e della Corte costituzionale, è emerso con chiarezza il mutamento sostanziale dell'interesse legittimo, la cui tutela esige uno strumentario non dissimile da quello previsto per i diritti soggettivi. Sicché le norme, formalmente vigenti, ancora legate in prevalenza ad una struttura processuale di tipo impugnatorio, necessitavano di un adeguamento alla mutata struttura processuale estesa a un più ampio ambito di azioni e mezzi di tutela". Sui rapporti tra situazioni giuridiche soggettive e tecniche di tutela, si veda F. LUCIANI, *Funzione amministrativa, situazioni giuridiche soggettive e tecniche giurisdizionali di tutela*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2009, 978 e ss.

⁶ In merito al riparto di giurisdizione alla luce del Codice del processo amministrativo, sia consentito il rinvio a F. F. GUZZI, *Qualche riflessione in tema di giurisdizione del giudice amministrativo alla luce del nuovo Codice del processo amministrativo*, in www.giustamm.it

termine di decadenza⁷ non si pone come ostacolo alla tutela stessa: esigenze di certezza del diritto e di cristallizzazione degli assetti distributivi composti dalla scelta amministrativa, lo impongono⁸. La tutela dei terzi è infatti elemento da tenere in debita considerazione; non a caso la stessa norma di cui all'art. 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241 – in tema di annullamento d'ufficio – consente l'annullamento in autotutela tenendo conto “*degli interessi dei destinatari e dei controinteressati*”.

Potrebbe invece determinare problemi di effettività della protezione la questione attinente al *dies a quo* di decorrenza del termine in oggetto, nel momento in cui risulti giuridicamente incerta la sua precisa individuazione; non a caso la Corte di Giustizia ha a più riprese affermato che: “*gli Stati membri hanno l'obbligo di istituire un sistema di termini di decadenza sufficientemente preciso, chiaro e prevedibile, onde consentire ai singoli di conoscere i loro diritti ed obblighi*”⁹.

Nello scritto si vuole approfondire proprio quest'ultimo aspetto: le problematiche connesse al *dies a quo* del termine per impugnare il provvedimento amministrativo il quale, se incerto, potrebbe incidere negativamente sul principio di effettività della tutela giurisdizionale¹⁰.

Più nel dettaglio, all'interno di un settore importante, gli appalti pubblici, con riferimento all'impugnativa del provvedimento amministrativo di aggiudicazione della gara. In merito si è posta infatti la questione della ricevibilità del ricorso in relazione ai principi generali sul decorso del termine di decadenza per l'impugnazione e in merito alla rilevanza della loro effettiva conoscenza.

⁷ In dottrina si veda: V. CAIANELLO, voce *Termini*, III) *Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. XXXV, Roma, 1997; D. DE PRETIS, F. CORTESE, *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: percorsi di diritto comparato*, in *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, a cura di G. FALCON, Padova, 2010; L. FERRARA, *Motivazione e impugnabilità degli atti amministrativi*, in *Foro amm. TAR*, n. 4/ 2008; F. SAITTA, *Tutela risarcitoria degli interessi legittimi e termine di decadenza*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2017; M. RAMAJOLI, *Riflessioni critiche sulla ragionevolezza della disciplina dei termini per ricorrere nel processo amministrativo*, in *www.federalismi.it*, n. 17/2018; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XIII ed., Torino, 2019.

⁸ Qualche dubbio (sebbene fugato dal giudice europeo, 14 febbraio 2019, C-54/18) era in realtà sorto alla luce, del poi abrogato (dalla legge n. 55/2019), rito super-accelerato in tema di appalti, il quale stabiliva l'onere di immediata impugnativa delle esclusioni e delle ammissioni alla procedura di gara. L'onere di immediata impugnativa di atti non necessariamente lesivi (precedenti all'aggiudicazione) non si poneva in linea con le esigenze di effettività della tutela nel momento in cui si imponeva al partecipante alla gara un onere processuale (dunque anche economico) di impugnativa immediata.

⁹ Corte di Giustizia, 14 febbraio 2019, C-54/18, punto 29; 7 novembre 1996, C-221/94, punto 22; 10 maggio 1991, C-361/88 tutte consultabili sul sito *www.eur-lex.europa.eu*

¹⁰ Sul tema sia consentito il rinvio a F. F. GUZZI, *Effettività della tutela e processo amministrativo*, Milano, 2013.

2. Regole generali sui termini di impugnazione nel processo amministrativo

L'art. 41, comma 2, del Codice del processo amministrativo prevede, come regola generale, che il termine per impugnare un provvedimento amministrativo decorre dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza dello stesso (per gli atti di cui non è richiesta notificazione individuale lo stesso decorre dal giorno in cui sia scaduto il termine per la pubblicazione).

La previsione di un termine di decadenza¹¹, come accennato, non si pone di per sé quale elemento ostativo all'attuazione del principio di effettività della tutela; può invece comprometterne la concreta attuazione laddove il termine stesso sia invece incerto o, comunque, laddove sorgano dubbi interpretativi circa l'esatta individuazione della sua decorrenza.

Se in merito alla notificazione e alla comunicazione del provvedimento, i problemi possono porsi sotto il profilo formale (circa ad esempio la correttezza/validità formale della notifica/comunicazione), ma anche sostanziale (sul contenuto della comunicazione), la nozione di "piena conoscenza" è quella che può determinare i dubbi e le maggiori incertezze interpretative.

L'art. 3 della legge sul procedimento amministrativo prevede l'obbligo di motivazione del provvedimento amministrativo; la motivazione è elemento essenziale dell'atto amministrativo¹². È di tutta evidenza che questa norma (di garanzia primaria),

¹¹ Sul punto, la Corte Costituzionale, nella pronuncia del 26 maggio 2021 n. 148, in *www.corte-costituzionale.it*, ha ribadito che: "il legislatore dispone di un'ampia discrezionalità nella conformazione degli istituti processuali, incontrando il solo limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte compiute, che viene superato qualora emerga un'ingiustificabile compressione del diritto di agire in giudizio". Con particolare riferimento all'art. 24 Cost., questa Corte ha altresì specificato che esso non comporta che il cittadino debba conseguire la tutela giurisdizionale sempre nello stesso modo e con i medesimi effetti, purché non vengano imposti oneri o prescritte modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa o lo svolgimento dell'attività processuale (tra le tante, sentenze n. 271 del 2019, n. 199 del 2017, n. 121 e n. 44 del 2016)". Con riferimento al termine di decadenza (centoventi giorni) previsto per la domanda risarcitoria per lesione di interessi legittimi, la Corte Costituzionale – sentenza del 22 febbraio 2017 n. 94 – ne ha dichiarato la legittimità, specificando che: "la previsione del termine di decadenza per l'esercizio dell'azione risarcitoria non può ritenersi il frutto di una scelta viziata da manifesta irragionevolezza, ma costituisce l'espressione di un coerente bilanciamento dell'interesse del danneggiato di vedersi riconosciuta la possibilità di agire anche a prescindere dalla domanda di annullamento (con eliminazione della regola della pregiudizialità), con l'obiettivo, di rilevante interesse pubblico, di pervenire in tempi brevi alla certezza del rapporto giuridico amministrativo, anche nella sua declinazione risarcitoria, secondo una logica di stabilità degli effetti giuridici ben conosciuta in rilevanti settori del diritto privato ove le aspirazioni risarcitorie si colleghino al non corretto esercizio del potere, specie nell'ambito di organizzazioni complesse e di esigenze di stabilità degli assetti economici (art. 2377, sesto comma, del codice civile). La non manifesta irragionevolezza della scelta legislativa appare ancora più chiara laddove si rifletta che il bilanciamento operato risponde anche all'interesse, di rango costituzionale, di consolidare i bilanci delle pubbliche amministrazioni (artt. 81, 97 e 119 Cost.) e di non esporre, a distanza rilevante di tempo, a continue modificazioni incidenti sulla coerenza e sull'efficacia dell'azione amministrativa [...]. La necessità che davanti al giudice amministrativo sia assicurata al cittadino la piena tutela, anche risarcitoria, avverso l'illegittimo esercizio della funzione pubblica (sentenze n. 191 del 2006 e n. 204 del 2004) non fa scaturire, come inevitabile corollario, che detta tutela debba essere del tutto analoga all'azione risarcitoria del danno da lesione di diritti soggettivi. È evidente, infatti, che le due situazioni giuridiche soggettive poste in comparazione sono differenti: entrambe sono meritevoli di tutela, ma non necessariamente della stessa tutela".

¹² I contributi sul tema sono numerosi, senza pretesa di completezza, possiamo citare: G. BER-

se rispettata dall'amministrazione – oltre a attuare il principio di trasparenza e pubblicità dell'azione amministrativa – viene in un certo senso a riequilibrare la posizione di soggezione del privato il quale, soprattutto in caso di atti restrittivi della propria sfera giuridica, è destinatario di un provvedimento di carattere unilaterale¹³ che attraverso la motivazione – la quale rende edotto il destinatario dell'*iter* logico-giuridico posto in essere dall'amministrazione – potrebbe essere oggetto di contestazione sulla base della deduzione di eventuali profili di illegittimità (appunto dedotti dalla motivazione) quali ad esempio la contraddittorietà, la illogicità, l'ingiustizia manifesta etc.

A questo punto si pone sul tappeto un primo problema: la conoscenza mera dell'atto, senza cognizione della motivazione dello stesso (corredata dalla conoscenza dei documenti che la sostanziano), è idonea a far scattare i termini di decadenza del ricorso?

Sul punto la giurisprudenza risponde in modo affermativo; la piena conoscenza non viene infatti intesa quale *conoscenza completa e integrale* del provvedimento che si intende impugnare e delle sue motivazioni; per individuare *il dies a quo* di decorrenza – secondo questa interpretazione – è necessaria e sufficiente “la percezione” dell'esistenza di un provvedimento amministrativo e degli aspetti che ne rendono evidente la sua immediata e concreta lesività nella sfera giuridica dell'interessato; ciò al fine di garantire l'esigenza di certezza giuridica connessa alla previsione di un termine decadenziale per l'impugnativa degli atti amministrativi¹⁴.

GONZINI, *Difetto di motivazione nel provvedimento amministrativo ed eccesso di potere (a dieci anni dalla legge 241 del 1990)* in *Dir. amm.*, 2000; F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento, Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2017; A. CASSATELLA, *Il dovere di amministrazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013; G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Giur.*, Vol. V, agg., 2001; M. DE DONNO, *Riflessioni sulla motivazione in diritto del provvedimento amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3/2013; M. S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977; B. MARCHETTI, *Il principio di motivazione*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA, F. SAITTA, Milano, 2012; B. G. MATTARELLA, *Il declino della motivazione*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2007; A. R. TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987; G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2017.

¹³ In realtà i meccanismi di partecipazione procedimentale sono stati introdotti appunto al fine di riequilibrare il rapporto tra l'amministrazione e il destinatario dei provvedimenti amministrativi; non a caso sono nate le tesi della cd responsabilità da contatto nelle ipotesi di violazioni procedimentale causa di danno per il privato. Per un'ampia disamina della tesi sulla cd responsabilità da contatto procedimentale v. G. D. COMPORTI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003. Per l'adesione a siffatta teorica, esemplificativa è la pronuncia della Corte di Cassazione, 10 gennaio 2003, n. 157. In senso critico L. DE LUCIA, in *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, in *Dir. amm.*, 1/2005, 94, il quale ha messo in evidenza che: “la tesi del rapporto obbligatorio suscita perplessità, in quanto finisce per negare l'unità giuridica e disciplinare del procedimento amministrativo.” In merito al rapporto tra procedimento e processo si veda: P. LOMBARDI, *Le parti nel procedimento. Tra procedimento e processo*, Torino, 2018.

¹⁴ Sul punto, si veda Consiglio di Stato, IV, 2 settembre 2011, n. 4973; Consiglio di Stato, IV, 28 maggio 2012, n. 3159; Consiglio di Stato, IV, 6 ottobre 2015, n. 4264; Consiglio di Stato, III, 28 dicembre 2016, n. 5511; Consiglio di Stato, IV, 13 aprile 2016, n. 1459; Consiglio di Stato, IV, 8 settembre 2016, n. 3852; Consiglio di Stato, V, 31 agosto 2017, n. 4129; Consiglio di Stato, V, 12 dicembre

Questa interpretazione si fonda sulla distinzione tra condizione dell'azione (connessa alla consapevolezza dell'esistenza del provvedimento e della sua lesività, elemento che integrerebbe la nozione di "piena conoscenza"), e contenuto del ricorso (relativo invece alla "completa e integrale conoscenza" del provvedimento) che influisce invece sui motivi del ricorso stesso e dunque sulla *causa petendi*.

In sostanza, la conoscenza della lesività dell'atto, fa scattare la possibilità di proporre l'azione processuale; azione che, nei suoi contenuti, verrà poi modulata sulla base della conoscenza di tutti gli elementi dell'atto. Se così non fosse, non avrebbe funzione alcuna (o comunque avrebbe portata limitata e residuale) la possibilità di ricorrere allo strumento dei motivi aggiunti (art. 43 del Codice del processo amministrativo); mezzo che consente al ricorrente – appunto nell'ipotesi in cui lo stesso acquisisca la "completa conoscenza" dell'atto connessa ad ulteriori documenti (già esistenti ma non conosciuti al momento del ricorso) – di proporre ulteriori motivi di ricorso, ovviamente entro il (nuovo) termine decadenziale di sessanta giorni decorrente dalla conoscenza sopravvenuta¹⁵.

Lo schema è il seguente: conoscenza del provvedimento lesivo – proposizione del ricorso – completa/integrale conoscenza – proposizione dei motivi aggiunti; schema che, come detto, sembra orientare la giurisprudenza¹⁶, sebbene sia stato messo in evidenza che la citata tesi interpretativa non dovrebbe determinare un'attivazione processuale di stampo meramente formale (risultando

2018, n. 7026; Consiglio di Stato, III, 23 dicembre 2019, n. 8701; Consiglio di Stato, IV, 2 marzo 2020, n. 1496, tutte le pronunce sono consultabili sul sito www.giustizia-amministrativa.it. In senso contrario: Consiglio di Stato, V, 16 settembre 2011, n. 5191, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui la piena conoscenza del provvedimento amministrativo presuppone invece proprio la conoscenza del contenuto essenziale dell'atto, non potendo il termine per l'impugnazione decorrere dalla semplice conoscenza del suo contenuto dispositivo sfavorevole, occorrendo anche la consapevolezza dei vizi da cui eventualmente l'atto è affetto, raggiunta mediante la valutazione della motivazione. In senso parzialmente diverso si veda Consiglio di Stato, VI, 8 febbraio 2007, n. 522, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui: se è vero che ai fini dell'impugnativa la conoscenza dell'autorità emanante, dell'oggetto, del contenuto dispositivo e del suo effetto lesivo, sono sufficienti a rendere il legittimato all'impugnativa consapevole dell'incidenza dell'atto nella sua sfera giuridica, detti elementi devono essere tuttavia idonei a poter valutare se l'atto è illegittimo o meno; in mancanza, il destinatario avrebbe una mera facoltà, non quindi un onere, di impugnare subito l'atto per poi proporre i motivi aggiunti, ben potendo attendere di conoscere la motivazione dell'atto al fine di valutare se impugnarlo o meno.

¹⁵ *“La previsione dell'istituto dei motivi aggiunti cosiddetti propri – con cui il ricorrente può proporre ulteriori motivi di ricorso derivanti dalla conoscenza di ulteriori atti (già esistenti al momento dell'introduzione del giudizio, ma ignoti) o dalla conoscenza integrale di atti prima non pienamente conosciuti, entro il (nuovo) termine decadenziale di sessanta giorni decorrente da tale conoscenza sopravvenuta – corrobora la fondatezza dell'interpretazione resa in ordine al significato della “piena conoscenza” (cfr. Consiglio di Stato, sezione II, sentenza, 26 giugno 2019, n. 4390). Se questa, infatti, dovesse essere intesa come conoscenza integrale, il tradizionale rimedio dei motivi aggiunti non avrebbe in sostanza ragion d'essere o dovrebbe essere considerato residuale”*. Cfr. Consiglio di Stato, II, 22 maggio 2020, n. 3233, in www.giustizia-amministrativa.it

¹⁶ Si veda il già citato Consiglio di Stato, II, n. 3233/2020, nonché Consiglio di Stato, IV, 9 aprile 2020, n. 2328 e quelle citate in nota 7 e 8, tutte consultabili in www.giustizia-amministrativa.it

dunque priva dei contenuti minimi e/o funzionali all'accoglimento del ricorso); se la comunicazione del provvedimento finale determina la possibilità di dedurre motivi di ricorso, la conoscenza di ulteriori documenti non legittima la proposizione di un ricorso autonoma bensì la proposizione di motivi aggiunti tesi ad ampliare lo spettro della contestazione; laddove però non fosse possibile una piena e completa deduzione immediata, la parte si vedrebbe costretta, nella sostanza, ad un ricorso "al buio", prassi che: "*pur se largamente ammessa in passato, non appare più ammissibile alla luce dei principi nazionali e comunitari. La parte, infatti, non può essere costretta ad impugnare un provvedimento con un ricorso che fin dall'inizio sa essere infondato, solo al fine di non decadere dalla possibilità di impugnare con motivi aggiunti lo stesso provvedimento, quando gli eventuali vizi saranno effettivamente conosciuti.*"¹⁷.

Quest'ultimo rilievo accende una spia sul tema, dando rilevanza all'aspetto sostanziale e contenutistico dell'azione processuale. Se è vero che la giurisprudenza ritiene necessaria (e sufficiente) la conoscenza della lesività del provvedimento ai fini dell'impugnativa, è anche vero che l'atto da impugnare deve possedere quei contenuti minimi ed essenziali tesi ad evitare che il ricorso assuma carattere meramente formale e assurga quindi a strumento finalizzato esclusivamente a non far spirare il termine di decadenza; ad evitare di impattare, in definitiva, in una dichiarazione di irricevibilità del ricorso stesso.

3. Termine di impugnazione degli atti di affidamento dei contratti pubblici

Alle considerazioni di stampo generale fin qui fatte, se ne innestano delle ulteriori, connesse alla disciplina settoriale degli appalti.

Come noto, la rilevanza economica delle procedure di gara¹⁸, rende il settore quasi una materia a sé; materia in cui si sono sempre verificate (in ragione dei rilevanti interessi economici sottesi) le maggiori novità e i più significativi passi in avanti (rispetto all'assetto dato) connessi all'avvertita esigenza di dare valenza effettiva alla tutela degli operatori economici.

È il caso dell'annosa questione della risarcibilità degli interessi legittimi pretensivi che venne riconosciuta in materia (dir. n. 92/50/CEE) ben prima della sentenza della Corte di Cassazione, sez. un., 22 luglio 1999, n. 500¹⁹, a cui

¹⁷ Cfr. TAR Lazio, ordinanza 8 settembre 2020, n. 9380, in www.giustizia-amministrativa.it

¹⁸ In merito si veda M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Astrid – Rassegna*, n. 19/2015; m. d'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008; A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008; S. SIMONE, L. ZANETTINI, *Appalti pubblici e concorrenza*, in *Lo Stato compratore*, a cura di L. FIORENTINO, Bologna, 2007; F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, n. 1-2/2013.

¹⁹ Per i commenti alla sentenza della Corte di Cassazione, sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, v. A. ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.*, I, 3201 e ss. ed ivi, F. FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli*

seguirono la legge 21 luglio 2000, n. 205²⁰ e il Codice del processo amministrativo: decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104; queste ultime due normative hanno ratificato e cristallizzato (generalizzandola) la tutela risarcitoria degli interessi pretensivi non più, quindi, limitata alla materia degli appalti.

Stesso discorso può farsi in merito alla individuazione del profilo soggettivo della colpa²¹ in caso di responsabilità civile della p.a. per provvedimento amministrato illegittimo²².

giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema corte lascia aperti alcuni interrogativi; F. SATTÀ, *La sentenza n. 500 del 1999: dagli interessi legittimi ai diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2000, 3217; L. TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 843; R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'era della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, I, 3205; F. G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, 4045 e ss. ed ivi, G. AZZARITI, *La risarcibilità degli interessi legittimi tra interpretazioni giurisprudenziali e interventi legislativi Un commento alla sentenza n. 500 del 1999 della Corte di cassazione*; G. GRECO, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 1108; E. SCODITTI, *L'interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria*, in *Giur. it.*, 2000, 21; V. CALANELLO, *Postilla in tema di riparto fra giurisdizioni*, B. DALFINO, *La fine del dogma della risarcibilità dei danni per lesioni di interessi legittimi entrambe entrambi* in *Foro amm.*, 1999, 1990 e ss. A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 488; M. PROTTO, *È crollato il muro della irrisarcibilità degli interessi legittimi: una svolta epocale?*, in *Urb. e app.*, 1999, 1067. L. IANNOTTA, *La sentenza n. 500 delle Sezioni Unite della Cassazione relativa alla risarcibilità degli interessi legittimi: continua il dibattito*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 512; M. SANINO, P. STELLA RICHTER, *Prime riflessioni sulla sentenza n. 500 del 1999 delle sezioni unite della Cassazione relativa alla risarcibilità della lesione degli interessi legittimi*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 497.

²⁰ La quale, nel riformulare gli artt. 33, 34 e 35 del richiamato D.lgs. 80/98, ha risistemizzato la materia dando al giudice amministrativo – nell'ottica dell'effettività appunto – la possibilità di conoscere di tutte le questioni concernenti il risarcimento del danno (anche in forma specifica) nell'ambito della giurisdizione di legittimità (le disposizioni in materia di risarcimento del danno trovano oggi disciplina negli articoli 7, comma 4, e 30, comma 3, del Codice del processo amministrativo);

²¹ Sul profilo soggettivo della colpa si vedano, tra i numerosi contributi: R. CARANTA, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano*, Milano, 2001; M. CARRÀ, *L'esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.*, Milano, 2006; S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle Amministrazioni pubbliche*, Torino, 2008; F. FRACCHIA, *Colpa dell'amministrazione e "autoprotezione" da parte del privato vittima: riflessioni in tema di "selettori" e di incentivi* elaborati dalla giurisprudenza, in AA.VV., *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, 2005; F. CORTESE, *L'accertamento della colpa della P.A. nella fattispecie di danno da provvedimento illegittimo: il giudice amministrativo in equilibrio tra diritto interno e diritto europeo*, in *Resp. civ. prev.*, n. 5/ 2012; S. TARULLO, *Colpa dell'amministrazione e diligenza professionale*, in *www.giustamm.it*; F. TRIMARCHI BANFI, *L'elemento soggettivo nell'illecito provvedimento*, in *Dir. amm.*, 1/2008.

²² In tema di responsabilità civile della p.a. per attività amministrativa illegittima, la bibliografia è vastissima, senza pretese di completezza, possiamo citare in questa sede: E. CASETTA, F. FRACCHIA, *Responsabilità da contatto: profili problematici*, in *Foro it.*, 2002, III; R. CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2003; G. D. COMPORZI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003; V. MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2002, III; M. PROTTO, *La natura della responsabilità*, in *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, (opera diretta da) F. CARINGELLA e M. PROTTO, Bolo-

Nell'ipotesi in cui l'atto illegittimo sia stato emanato da una stazione appaltante, l'illegittimità in sé dell'atto è idonea a individuare la colpa che dunque si *oggettivizza* nell'atto illegittimo; è come se la responsabilità in materia di appalti assurgesse a microcosmo autonomo. Si veda la nota Corte di Giustizia, 30 settembre 2010, C-314/09²³, la quale ha messo in evidenza che ai fini di una garanzia effettiva del ricorrente illegittimamente estromesso dalla gara, il rimedio risarcitorio è adeguato nel momento in cui la possibilità di ottenerlo non sia subordinato alla prova dell'esistenza di un comportamento colpevole dell'amministrazione appaltante.

gna, 2004; G. M. RACCA, *Gli elementi della responsabilità della pubblica amministrazione e la sua natura giuridica*, in *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003; F. SATTA, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988; F. G. SOCCA, *Per un'amministrazione responsabile*, cit.; M. TRIMARCHI, *Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione al vaglio dell'Adunanza Plenaria (nota a Consiglio di giustizia amministrativa, sez. giur., 15 dicembre 2020 n. 1136)*, in www.giustiziainsieme.it, febbraio 2021.

²³ Sul recepimento dell'orientamento comunitario da parte del giudice nazionale, v. Consiglio di Stato, V, 28 dicembre 2011, n. 6951; Consiglio di Stato, V, 31 dicembre 2014, n. 6450; Consiglio di Stato, V, 25 febbraio 2016, n. 772 tutte consultabili sul sito www.giustizia-amministrativa.it; TAR Campania, Napoli, 9 settembre 2011, n. 4371, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui, appunto: "la richiamata giurisprudenza comunitaria sembra produrre nel nostro ordinamento l'effetto, sia pure circoscritto al settore degli appalti pubblici, di svincolare la responsabilità dell'amministrazione dall'accertamento della colpa, quand'anche ricavata presuntivamente dalla illegittimità degli atti posti in essere dalla P.A.". Sul punto, si veda altresì, Consiglio di Stato, V, 8 novembre 2012, n. 5686, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui: "L'ordinamento comunitario dimostra che ciò che rileva è l'ingiustizia del danno e non l'elemento della colpevolezza; ciò de-termina ipso facto la creazione di un diritto amministrativo comune a tutti gli Stati membri nel quale i principi che si elaborano a livello comunitario, in applicazione dei Trattati, trovano humus negli ordinamenti interni, e costituiscono una sorta di sussunzione unificante di regole riscontrabili in tali ordinamenti. In questo processo di astrazione è inevitabile che i principi di diritto interno vengano sostituiti da principi caratterizzati da più larga acquisizione, poiché il ravvicinamento e l'armonizzazione normativa premia il principio maggiormente condiviso, come è quello della responsabilità piena della P.A. senza aree di franchigia. [...]. Anche in applicazione del metodo della natura delle cose, proposto da autorevole dottrina come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti, è la normativa sulla responsabilità che deve modellarsi sulla natura della cosa, nel caso sull'esistenza del danno, non è la normativa che può individuare i presupposti per la risarcibilità del danno, poiché è il danno, come fattore oggettivamente esistente, infatti, che deve legittimare il risarcimento; ciò porta a ritenere che ogni danno che sia conseguenza immediata e diretta della violazione di norme in tema di appalti pubblici possa, per ciò solo, definirsi ingiusto e, come tale, meritevole di adeguato ristoro". Il Consiglio di Stato, IV, 31 gennaio 2012, n. 483, www.giustizia-amministrativa.it, ha poi specificato e confermato che: "la decisione della Corte di Giustizia europea, del 30 settembre 2010, in causa C-314/09, che ha configurato la responsabilità da parte dello stato membro per violazione del diritto comunitario, quale oggettiva, deve restare circoscritta al settore degli appalti pubblici. Ciò si desume non solo dal richiamo alla disciplina europea specifica in materia di ricorsi giurisprudenziali in materia di procedure di aggiudicazione (la citata direttiva 89/665/CEE come modificata dalla direttiva 2007/66/CE), ma anche dall'evidente tensione della Corte all'effettività della tutela in un settore oggetto di particolare attenzione da parte delle istituzioni comunitarie per la sua incidenza sul corretto funzionamento del mercato e della concorrenza. Laddove si versi in settori diversi da quello degli appalti pubblici devono tornare a trovare applicazione i comuni principi enunciati dalla stessa Corte europea in tema di responsabilità degli Stati da violazione del diritto comunitario, con riguardo all'elemento soggettivo dell'illecito". Si veda successivamente: Consiglio di Stato, V, 19 luglio 2018, n. 4381; Consiglio di Stato, IV, 15 aprile 2019, n. 2429; e più di recente, Consiglio di Stato, V, 30 novembre 2021, n. 7960; tutte le pronunce richiamate sono consultabili sul sito www.giustizia-amministrativa.it

In sostanza, in questa materia, si è dato luogo ad una sorta di divaricazione della tutela (o meglio, di un diverso meccanismo di accertamento della responsabilità), posto che nelle ipotesi delle procedure di gara, il profilo soggettivo non rileva; nelle altre fattispecie continua ad assurgere invece a parametro di riferimento (sebbene anche in questi ultimi casi, soprattutto nelle ipotesi di macro-violazioni, vige il principio di presunzione della colpevolezza, la quale viene in un certo qual modo ad *oggettivizzarsi* nella grave illegittimità provvedimentoale).

Sembra dunque che in materia di appalti pubblici l'esigenza di effettività sia più avvertita, o comunque si caratterizzi per una maggiore incidenza e pregnanza, se è vero che il meccanismo risarcitorio si sgancia dall'indagine di tipo eminentemente soggettivo; in sostanza, si applica il principio del 'chi sbaglia paga', senza attenuazioni di sorta (si veda ad esempio, in altri settori, la possibilità invece di dimostrare l'errore scusabile²⁴ che ha determinato l'illegittimità dell'atto).

Siffatto schema – che determina una differenziazione di dubbia giustificazione normativa, sotto il profilo delle garanzie – si innesta nel solco di quella citata dicotomia già verificatasi in tema di risarcibilità degli interessi legittimi pretensivi, che prevedeva appunto la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo pretensivo leso nell'ambito di una procedura di gara.

Anche con riferimento al termine dell'impugnativa del provvedimento amministrativo, il settore degli appalti si è posto come microcosmo a sé. Alla regola generale di cui al citato art. 41, comma 2, del Codice del processo amministrativo, si aggiunge infatti una regola specifica che trova disciplina nell'art. 120, comma 5, dello stesso Codice, il quale prevede appunto che il termine di impugnazione è di trenta giorni decorrenti dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 79 del Decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 (vecchio Codice dei contratti pubblici); per i bandi autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'art. 66 sempre del D.lgs. n. 163/2006; in ogni altro caso dalla conoscenza dell'atto²⁵.

²⁴ In giurisprudenza, tra le più recenti applicazioni di questo istituto, si vedano: Consiglio di Stato, III, 4 marzo 2019 n. 1500; Consiglio di Stato, III, 11 settembre 2019 n. 6138; Consiglio di Stato, IV, 18 ottobre 2019 n. 7082; Consiglio di Stato, V, 24 gennaio 2020, n. 601; Consiglio di Stato, VI, 5 marzo 2021 n. 1869; Consiglio di Stato, IV, 20 agosto 2021 n. 5963; pronunce tutte consultabili sul sito www.giustizia-amministrativa.it

²⁵ L'art. 120 del Codice del processo amministrativo, secondo la prevalente giurisprudenza, è stato interpretato nel senso che il previsto termine di trenta giorni per l'impugnativa non decorre sempre e comunque dal momento della comunicazione di cui all'art. 76, comma 5, del Codice dei contratti pubblici bensì dal giorno in cui l'interessato ha avuto piena ed effettiva conoscenza; conseguentemente, la successiva comunicazione ufficiale del provvedimento diviene irrilevante ai fini della decorrenza del termine posto che la disposizione in oggetto va coordinata con le regole generali in materia di termini per proporre ricorso e, in particolare, alla conoscenza di cui all'art. 120, comma 5, del Codice del processo amministrativo. Sul punto v. Consiglio di Stato, V, 13 marzo 2014, n. 1250; Consiglio di Stato, V, 3 febbraio 2016, n. 408; Consiglio di Stato, VI, 1 aprile 2016, n.

Le regole stabilite dall'art. 120, hanno determinato dubbi interpretativi in virtù sia del richiamo a norme abrogate (come noto è entrato in vigore il nuovo Codice dei contratti pubblici: Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50²⁶) sia per la natura delle comunicazioni in oggetto.

Ci si è chiesti appunto (vedi ordinanza del Consiglio di Stato, V, 2 Aprile 2020, n. 2215) se il suddetto termine di impugnazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara (tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara e quindi tutte le operazioni e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione, in tema di trasparenza, di cui all'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016); se le informazioni, d'ufficio o a richiesta, previste dall'art. 76 del d.lgs. n. 50/2016, consentono la sola proposizione dei motivi aggiunti; se la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara sia idonea a far slittare il termine per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione che decorre dalla pubblicazione ex art. 29 ovvero, in casi specifici, dalla comunicazione di cui all'art. 76, per lo meno nelle ipotesi in cui le ragioni di doglianza siano diretta conseguenza dalla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero dalle giustificazioni da questi rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta; se la previsione del citato art. 120, comma 5, che fa decorrere il termine dalla comunicazione individuale (ex art. 79 del d.lgs. n. 50/2016) ovvero dalla conoscenza comunque acquisita del provvedimento, debba intendersi nel senso che le suddette modalità, quella principale (la comunicazione individuale) e quella secondaria (la conoscenza *aliunde*), siano equipollenti ai fini della decorrenza del termine; se la pubblicazione degli atti di gara ex art. 29 del d.lgs. n. 50/2016 debba considerarsi rientrante in quelle modalità di conoscenza *aliunde*; se le forme di comunicazione e pubblicità previste (e accettate dai partecipanti alla procedura di gara) dal bando siano idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione.

Come si può notare sono tutti interrogativi che si connettono alla “specialità” della materia e alle previsioni codicistiche di settore che sembrano determinare una disciplina in parte differenziata rispetto a quella più generale²⁷.

1298; Consiglio di Stato, V, 1 agosto 2016, n. 3451, tutte pronunce consultabili su www.giustizia-amministrativa.it. Si veda altresì Corte di Giustizia, 8 maggio 2014, C-161/13 in www.eur-lex.europa.eu, secondo cui, nell'ipotesi in cui emergano vizi riferibili ad atti diversi da quelli comunicati dalla stazione appaltante, il termine decorre dal giorno in cui l'interessato abbia avuto piena ed effettiva conoscenza, proprio in esito all'accesso, degli atti e delle vicende fino ad allora rimasti non noti. Si veda infine il recente intervento della Corte Costituzionale, 3 novembre 2021, n. 204, in www.federalismi.it

²⁶ In merito si veda L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2016; Id., *Una nuova delega sui contratti pubblici e i problemi di sempre*, in *Astrid - Rassegna*, n. 8/2022.

²⁷ Come noto prima della l. n. 55/2019 che ha abrogato il rito super-accelerato, si era determinata una ulteriore differenziazione la quale aveva previsto l'onere di immediata impugnazione, a prescindere dall'esito della procedura di gara, delle ammissioni ed esclusioni relative alla procedura di gara.

Prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, la giurisprudenza ad esempio, aveva ritenuto che laddove l'amministrazione aggiudicatrice avesse inviato una "comunicazione completa ed esaustiva dell'aggiudicazione" (con l'esposizione delle ragioni che avevano determinato la scelta dell'offerta dell'aggiudicatario) il ricorso era proponibile nel termine di trenta giorni; termine decorrente dalla comunicazione dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 79 del d.lgs. n. 163/2006 (richiamato dall'art. 120, comma 5, del Codice del processo amministrativo e recante il titolo *'Informazioni circa i mancati inviti, le esclusioni e le aggiudicazioni'*). Qualora siffatta comunicazione fosse mancata (con comunicazione della sola avvenuta aggiudicazione ed il nominativo dell'aggiudicatario), aveva affermato che era invece necessario tenere conto dell'esigenza per l'interessato di conoscere gli elementi tecnici dell'offerta dell'aggiudicatario e, più in generale, degli atti della procedura di gara al fine per poter esaminare in modo pieno ed esaustivo il loro contenuto e verificare la sussistenza di eventuali vizi.

Con l'entrata in vigore del nuovo Codice, sono stati necessari degli 'aggiustamenti' in virtù sia del richiamo che l'art. 120, comma 5, del Codice del processo amministrativo ancora fa all'abrogato art. 79 del vecchio Codice dei contratti pubblici, sia in ragione del fatto che gli articoli 29 e 76 della nuova normativa – disposizioni in materia di accesso, di informazioni e di pubblicazione degli atti – contengono una disciplina diversa rispetto a quella del precedente (e abrogato) art. 79 del vecchio Codice dei contratti pubblici.

Una parte della giurisprudenza²⁸, in merito al rinvio alla disciplina abrogata, ha affermato che il richiamo in oggetto dovrebbe intendersi come rivolto, non più alla disciplina abrogata (di cui all'art. 79 D.lgs. 163/2006), bensì all'art. 76 del nuovo Codice che stabilisce una serie di oneri; in particolare al comma 5, è prevista la comunicazione d'ufficio ed entro un termine massimo di cinque giorni (alla platea di soggetti interessati): dell'aggiudicazione, delle eventuali esclusioni, della decisione di non aggiudicare l'appalto, la data di avvenuta stipula del contratto. Siffatta interpretazione poggia sul logico ragionamento secondo cui, se la disposizione del processo amministrativo – ai fini della decorrenza del termine – richiama gli oneri informativi, il richiamo agli stessi trova luogo indipendentemente dalle modalità, dal contenuto e dalla rispettiva collocazione sistematica e legislativa²⁹.

²⁸ Consiglio di Stato, V, 27 novembre 2018, n. 6725; Consiglio di Stato, V, 10 giugno 2019, n. 3879, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it

²⁹ Sul punto, da ultimo, si veda la citata sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2021, secondo cui: *"l'abrogazione dell'art. 79 del "primo" cod. contratti pubblici, e la perdurante vigenza dell'art. 120, comma 5, cod. proc. amm. censurato, infatti, pone un dubbio ermeneutico concernente la natura formale o materiale di rinvio disposta dalla disposizione censurata, e, nel caso in cui l'interprete si orienti per il carattere formale, un ulteriore profilo concernente l'individuazione ove possibile della norma eventualmente divenuta applicabile in luogo di quella abrogata, e delle forme e dei limiti entro i quali il rinvio può continuare ad operare. Si tratta, vale a dire, di tappe di un percorso integralmente riconducibile alla sfera propria dell'interpretazione, ovvero di un'attività*

Secondo altra, e diversa interpretazione³⁰, l'abrogazione del citato art. 79 implica che il rinvio fatto dall'art. 120, comma 5, del Codice del processo non abbia più valore. Di conseguenza, il termine (di trenta giorni) per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione decorre in ogni caso dalla ricezione della comunicazione della aggiudicazione ovvero, in mancanza, dalla conoscenza dell'aggiudicazione che l'interessato abbia comunque acquisito *aliunde*. Non avrebbe dunque più rilievo la distinzione tra i vizi desumibili dall'atto comunicato (per il quale il *dies a quo* decorrerebbe dalla comunicazione dell'aggiudicazione), e gli altri vizi percepibili *aliunde* (per i quali il *dies a quo* decorrerebbe dal momento dell'effettiva conoscenza); la conoscenza dei vizi dell'aggiudicazione, successiva alla sua comunicazione, consente la proponibilità dei soli motivi aggiunti.

Il quadro si presenta dunque in termini complessi e non sembra pienamente in linea con le citate esigenze di chiarezza sulla decorrenza dei termini per impugnare gli atti amministrativi; esigenze che si collegano alla necessità di soddisfare il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

La disciplina generale (dietro alla quale si annida sempre il problema della nozione di "piena conoscenza") deve fare i conti con quella di settore che sembra in un certo qual modo (seppur nel rispetto del quadro e dei principi generali) differenziarsi, lasciando aperte alcune questioni interpretative circa i rapporti tra esigenze di certezza dei rapporti giuridici e ragioni di tutela processuale.

Sul punto è quindi intervenuta l'Adunanza Plenaria, sentenza 2 luglio 2020, n. 12³¹ la quale ha proceduto (cercando di fare chiarezza) ad una ricostruzione sistematica della questione, segnalando altresì al Governo la necessità di un intervento legislativo, nel momento in cui ha appunto messo in evidenza che: *"le questioni sulla tempestività del ricorso di primo grado non riguardano la singola controversia in esame, ma attengono alla ricostruzione del quadro normativo dell'ordinamento nazionale"*, ritenendo di conseguenza di trasmettere copia della sentenza alla Presidenza del Consiglio dei Ministri: *"affinché sia disposta una modifica legislativa ispirata alla necessità che vi sia un 'sistema di termini di decadenza sufficientemente preciso, chiaro e prevedibile', disciplinato dalla legge con disposizioni di immediata lettura da parte degli operatori cui si rivolgono le direttive dell'Unione Europea."*

tipica del giudice. Rispetto ad esso la lettera della legge, per la parte in cui dispone un rinvio ad una disposizione successivamente abrogata, non è un ostacolo, ma al contrario il punto di partenza che onera l'interprete del compito di assegnare alla norma il significato che essa acquisisce, a seguito dell'abrogazione della disposizione oggetto di rinvio".

³⁰ Consiglio di Stato, IV, 23 febbraio 2015, n. 856; Consiglio di Stato, V, 20 gennaio 2015, n. 143; Consiglio di Stato, V, 28 ottobre 2019, n. 7384, tutte consultabili in www.giustizia-amministrativa.it

³¹ In merito si veda M. A. SANDULLI, *L'Adunanza Plenaria n. 12/2020 esclude i "ricorsi al buio" in materia di contratti pubblici, mentre il legislatore amplia le zone grigie della tutela*, in www.giustizjainsieme.it. In senso conforme, Consiglio di Stato, V, 19 gennaio 2021, n. 575 e Consiglio di Stato, V, 16 aprile 2021, n. 3127, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it

4. *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 2 luglio 2020, n. 12*

Alla luce delle questioni poste sul tappeto, la citata Adunanza Plenaria è intervenuta procedendo, come detto, ad una ricostruzione sistematica del tema³².

In merito all'ambito applicativo dell'art. 120, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ha innanzitutto affermato che lo stesso non risulta affatto modificato e che, di conseguenza, rimane l'aggancio alla “*data oggettivamente riscontrabile*” riconducibile agli oneri formali cui è tenuta *ex lege* l'Amministrazione aggiudicatrice e, specularmente, al rispetto della regola della diligenza cui è tenuto l'operatore economico interessato. In linea con l'orientamento giurisprudenziale richiamato nel paragrafo precedente, il riferimento alla formalità di cui all'art. 79 del D.lgs. n. 163/2006, deve ora intendersi effettuato secondo le formalità previste dall'art. 76 del D.lgs. n. 50/2016.

L'ulteriore questione che però si pone, riguarda la circostanza che l'art. 76 – a differenza del vecchio art. 79 – non contiene specifiche regole sull'accesso informale che devono ora fare riferimento a quelle previste dall'art. 5 del regolamento di cui al d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184.

L'Amministrazione aggiudicatrice deve di conseguenza consentire all'impresa interessata di accedere agli atti; laddove si rinvenivano condotte dilatorie dell'amministrazione (che potrebbero comportare suoi vantaggi con conseguenti asimmetrie processuali), il termine per l'impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l'interessato abbia conosciuto gli atti richiesti³³, termine che, come ha specificato la giurisprudenza successiva, e più recente, è dilatato a 45 giorni: “*una volta avuta conoscenza del provvedimento d'aggiudicazione in una delle diverse modalità possibili, il concorrente è tenuto nel termine di 45 giorni a presentare istanza d'accesso ai documenti e a proporre ricorso avverso l'impugnazione, salvo l'ipotesi eccezionale di comportamento ostruzionistico tenuto dall'amministrazione*”.³⁴

³² Principi richiamati successivamente dal TAR Calabria, Catanzaro, 22 febbraio 2021, n. 359, in www.giustizia-amministrativa.it

³³ “*Ritiene inoltre l'Adunanza Plenaria che, per la individuazione della decorrenza del termine per l'impugnazione, rileva anche l'art. 29, comma 1, ultima parte, del 'secondo codice', per il quale “i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente”. L'impresa interessata – che intenda proporre un ricorso – ha l'onere di consultare il ‘profilo del committente’, dovendosi desumere la conoscenza legale degli atti dalla data nella quale ha luogo la loro pubblicazione con i relativi allegati (data che deve costantemente risultare dal sito)”. Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 luglio 2020, n. 12, punto 25.2 in www.giustizia-amministrativa.it*

³⁴ Cfr. Consiglio di Stato, V, n. 3127/2021, in www.giustizia-amministrativa.it, il quale specifica che: “*la dilazione temporale della quale il concorrente può giovare per proporre ricorso, qualora abbia proposto istanza di accesso, è fissata in quindici giorni, in applicazione della regola posta dall'art. 76, comma 2 del codice dei contratti pubblici, e dipende dal tempo che la stazione impiega a consentire l'accesso solamente nel caso in cui l'amministrazione rifiuti l'accesso o impedisca con comportamenti dilatori l'immediata conoscenza degli atti di gara, poiché, in tal caso, il termine per l'impugnazione comincia a decorrere solo da quando l'interessato abbia conosciuto gli atti. Ne segue che, una volta avuta conoscenza del provvedimento di aggiudicazione, in una delle diverse modalità possibili – ed anche attraverso le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara (non solo*

Alla luce dell'adesione all'orientamento che prevede il richiamo dell'art. 120 del Codice del processo agli oneri formali di cui alle disposizioni del nuovo Codice dei contratti pubblici, il termine per l'impugnazione rimane quindi pur sempre connesso alle formalità inerenti alla 'informazione' e alla 'pubblicazione' degli atti, nonché dalle iniziative dell'impresa che faccia 'richiesta scritta', per la quale sussiste il termine di quindici giorni previsto dall'art. 76, comma 2, D.lgs. n. 50/2016³⁵: termine finale esigibile dall'impresa per avere completa cognizione degli atti³⁶.

La decisione della Plenaria trova fondamento sia nel richiamo all'art. 2-*quater* della Direttiva n. 665 del 1989 sia nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

per aver avuto comunicazione ai sensi dell'art. 76, comma 5, del codice) – il concorrente pregiudicato è tenuto nel termine di quarantacinque giorni a presentare istanza di accesso ai documenti e a proporre impugnazione, salvo l'ipotesi eccezionale di comportamento ostruzionistico tenuto dall'amministrazione. È chiaro, poi, che più tempestiva è l'istanza di accesso che il concorrente presenti una volta avuta conoscenza dell'aggiudicazione, maggiore sarà il tempo a sua disposizione per il ricorso giurisdizionale; quel che non può consentirsi è che il concorrente possa, rinviando nel tempo l'istanza di accesso agli atti di gara, posticipare a suo gradimento il termine ultimo per l'impugnazione dell'aggiudicazione".

³⁵ "L'attenta lettura della sentenza n. 12/2020 (v. punti 19, 22 e 27) porta a comprendere che il Consiglio di Stato abbia ricavato il termine entro il quale l'impresa è tenuta proporre istanza di accesso, in quanto incidente sul termine di decadenza dell'art. 120 c.p.a., in quello di quindici giorni, analogicamente estendendo il termine previsto dall'art. 76, comma 2 nuovo c.c.p. per la p.a. per far accedere a quello ad quem per l'operatore per avanzare l'istanza di accesso per identità di ratio. Tale limite temporale, pur a fronte dell'abrogazione dell'art. 79 co. 5 *quater* d.lgs. n. 163/2006, hanno osservato diverse pronunce, risulta imprescindibile per evitare che il termine di impugnazione sia rimesso alle iniziative di ostensione (consapevoli o meno) dell'operatore economico con inaccettabili conseguenze di incertezza sulla stabilità degli atti della procedura di evidenza pubblica e di conseguenza sui tempi del contratto". Cfr. TAR Calabria, Catanzaro, n. 359/2021, in www.giustizia-amministrativa.it

³⁶ "e, dunque, una cognizione tale da renderle possibile l'impugnazione non resterebbe che adottare quella ben più rigorosa giurisprudenza che, invece, di aggiungere tale termine esigibile per avanzare l'istanza di accesso a quello di impugnazione, detrae i giorni attesi dall'impresa per l'ostensione a quello di decadenza di cui all'art. 120 c.p.a. (v. Tar Venezia 964/2020 [successiva alla pronuncia della Plenaria]; Tar Palermo, 2404/2019 e Tar Lazio 13550/2020), interpretazione che, pur rispettosa dell'esigenza di certezza dei termini di impugnazione, il Collegio ritiene essere distonica rispetto al principio di effettività della tutela". Cfr. TAR Calabria, Catanzaro, n. 359/2021, in www.giustizia-amministrativa.it. Più nel dettaglio, la giurisprudenza richiamata, TAR Venezia, 20 ottobre 2020, n. 964, in www.giustizia-amministrativa.it, aveva osservato che: "se è ben vero che il termine per impugnare l'aggiudicazione non sempre decorre dal momento della sua comunicazione (potendo piuttosto essere riferito al diverso momento in cui è stata maturata la piena conoscenza degli atti di gara – Cons. Stato. A.P. n. 12 del 2020 – così da neutralizzare gli effetti dell'eventuale inosservanza, da parte dell'Amministrazione, del termine di quindici giorni stabilito all'art. 76, comma 2, D. Lgs. n. 50 del 2016 per provvedere sulle istanze di accesso), esso, tuttavia, non può essere contemporaneamente incrementato di un numero di giorni pari a quello impiegato dal soggetto, che si assuma leso dall'aggiudicazione, per attivarsi (tramite l'istanza di accesso) al fine di conseguire la piena conoscenza del contenuto degli atti e dei relativi profili di legittimità non oggettivamente desumibili dalla comunicazione stessa: infatti, le conseguenze decadenziali, derivanti dal decorso di tale segmento temporale (precedente l'inoltro della richiesta di accesso e connotato dall'assenza di ulteriori iniziative difensive), non possono che ricadere direttamente sull'interessato, sottoposto ad un onere di diligenza per il quale – tenuto conto del principio di autoreponsabilità e dell'interesse alla sollecita conclusione della procedura – la scelta di dilazionare il momento in cui richiedere l'accesso agli atti, non potrebbe dare luogo ad un prolungamento del termine stabilito per la proposizione del ricorso, cosa che, all'opposto, finirebbe per rendere inammissibilmente incerto il momento in cui gli atti di gara siano divenuti inoppugnabili, e dunque il momento in cui l'esito di questa possa ritenersi consolidato".

dell'Unione Europea. Il citato articolo 2-quater prevede appunto che il termine per la proposizione del ricorso cominci a decorrere: “*dal giorno successivo alla data in cui la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice è stata inviata all'offerente o al candidato [...]. La comunicazione della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice ad ogni offerente o candidato è accompagnata da una relazione sintetica dei motivi pertinenti*”. Da questo dato normativo si evince che la direttiva ha fissato appunto il principio di cui all'art. 120, comma 5, del Codice, “*e cioè che la decorrenza del termine di impugnazione dipenda dall'accertamento di una 'data oggettivamente riscontrabile' riconducibile al rispetto delle disposizioni sulle informazioni dettagliate, spettanti ai partecipanti alla gara*”³⁷.

La stessa giurisprudenza europea in tema di ricorsi avverso gli atti delle procedure di affidamento, ha affermato (C-54/18 e C-161/13) che i termini cominciano a decorrere solo quando “*il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione*”; mettendo altresì in evidenza (C-161/13) che la possibilità di ricorrere ai motivi aggiunti non è sempre alternativa idonea a soddisfare il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Naturalmente il termine di impugnazione – in applicazione del principio generale del processo amministrativo – deve tener conto delle ipotesi in cui l'impresa abbia potuto avere conoscenza degli atti alla luce di una condotta improntata alla ordinaria diligenza: si veda il caso della pubblicazione degli atti ‘sul profilo del committente’ che l'impresa deve conoscere secondo l'ordinaria diligenza nonché il rispetto dell'onere di istanza di accesso fatta nei termini previsti dalla legge.

In definitiva, alla luce del quadro prospettato dall'Adunanza Plenaria, il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara (compresi i verbali di gara, le operazioni e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate).

Le informazioni previste (d'ufficio o a richiesta) dall'art. 76 del d.lgs. n. 50/2016, consentono però la proposizione non solo dei motivi aggiunti bensì anche di un ricorso principale, laddove implicino la conoscenza di ulteriori elementi tesi ad apprezzare vizi già individuati ovvero idonei ad accertarne altri. Questo è un passaggio essenziale che, nell'ottica del principio di effettività della tutela, fa breccia in un sistema (circa i termini dell'impugnativa), pressoché granitico; la conoscenza infatti, di elementi idonei a contestare sotto ulteriori angoli prospettici i vizi già contestati oppure ad individuarne dei nuovi, non determina la possibilità del ricorso alla (mera) proposizione di motivi aggiunti. La conoscenza dell'effetto *ulteriormente lesivo* o *maggiormente lesivo*, determina una tutela più pregnante per il ricorrente il quale gode appunto di un *termine dilatato* in ragione delle (nuove e ulteriori) informazioni³⁸.

³⁷ Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 12/2020, punto 28, in www.giustizia-amministrativa.it

³⁸ In questo senso si veda Consiglio di Stato, III, 16 febbraio 2021, n. 1428, in www.giusti-

L'istanza di accesso agli atti di gara implica di conseguenza la 'dilazione temporale' quando i motivi di ricorso sono conseguenza della conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

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

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

Questa interpretazione sostanzialistica mette dunque in rilievo la necessità di un reale collegamento, di una più netta corrispondenza tra il ricorso e suoi contenuti determinando un'area di (virtuosa) sovrapposizione tra forma e contenuto del ricorso; all'interno di questo quadro, lo strumento processuale dei motivi aggiunti si pone in termini di completamento dell'azione processuale e non assume valore sostitutivo del ricorso originario esperito essenzialmente al fine di non far spirare il termine decadenziale (a onta della esigua conoscenza degli elementi lesivi della situazione giuridica soggettiva fatta valere).

Il principio espresso ha valore fortemente indicativo dell'attenzione alle reali esigenze di tutela del privato e dunque all'attuazione del principio di effettività.

5. *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale alla luce della decisione dell'Adunanza Plenaria sui termini di impugnazione negli appalti pubblici*

Alla luce di quanto fin qui messo in evidenza, viene in definitiva concettualmente respinta l'idea che, al fine di non far spirare il termine di impugnazione, il ricorrente debba in ogni caso notificare un ricorso (formale e strumentale) in mancanza di tutti gli elementi idonei a supportarlo; in sostanza, si ritengono non ammissibili i cd ricorsi al buio, i quali possono essere appunto evitati sulla base dello strumento dell'accesso agli atti di gara³⁹; mezzo che, a certe condizioni,

zia-amministrativa.it: "non è lecito pretendere che un operatore economico, per essere legittimato all'accesso all'offerta tecnica dell'operatore vincitore, debba proporre un cd. ricorso al buio, come invece affermato dalla sentenza appellata, ancor più laddove, come nella presente fattispecie, l'intera offerta tecnica sia stata sottratta all'accesso pur in assenza di una specifica e puntuale motivazione circa la presenza di un segreto tecnico o commerciale esteso ad ogni suo aspetto.". TAR Campania, Napoli, 11 febbraio 2022, n. 951, in *www.giustizia-amministrativa.it*: "giòva rammentare, in merito, che la giurisprudenza si è, ormai, attestata nel senso che il termine decorra dal momento in cui la documentazione su cui si basa il ricorso sia effettivamente messa a disposizione delle partecipanti alla gara. Rileva, quindi, la concreta possibilità di conoscenza degli atti senza che sia necessario proporre ricorsi "al buio" rispetto alla mera aggiudicazione prima di aver avuto piena contezza della documentazione di gara (v. C.d.S., *Ad. Plen. n. 12/2020*).".

³⁹ In merito si veda Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 25 settembre 2020, n. 19, in

potrebbe determinare la dilatazione del termine di impugnazione: le informazioni previste (d'ufficio o a richiesta) dall'art. 76, del d.lgs. n. 50/2016, consentono la proposizione di un ricorso principale quando appunto determinino la conoscenza di ulteriori elementi tesi ad apprezzare vizi già individuati ovvero idonei ad accertarne altri.

Siamo in presenza di una tutela processuale rafforzata, in quanto il ricorso viene subordinato alla conoscenza integrale dei vizi dell'atto (nella fattispecie il provvedimento di aggiudicazione).

Condizione dell'azione e contenuto del ricorso vengono quindi a sovrapporsi perdendo la rispettiva autonomia. Naturalmente, siffatta sovrapposizione è tutt'altro che automatica; è bensì da coordinare con i principi generali (confermati dalla disciplina settoriale) i quali prevedono appunto la decorrenza del termine in caso di conoscenza degli atti medesimi qualora gli stessi siano conoscibili rispettando l'ordinaria diligenza. Questo elemento (la conoscibilità mediante l'ordinaria diligenza) viene a ridimensionare il potere del ricorrente il quale, se è vero che può *confidare* nella dilazione dei termini processuali al ricorrere delle condizioni specificate, deve comunque (al fine di non incorrere in decadenza) porre in essere una condotta attenta e diligente.

Il quadro così descritto sembra dunque bilanciato e teso ad evitare il più possibile asimmetrie processuali. Come detto nella parte introduttiva, è di tutta evidenza che la tutela è quanto più effettiva nel momento in cui l'ordinamento non solo riconosce come meritevoli di tutela le situazioni giuridiche soggettive, e non solo quando si apprestano meccanismi processuali (azioni) modulabili sulla base dell'interesse sotteso⁴⁰. È necessario altresì che l'esperimento dell'azione

www.federalismi.it, secondo cui l'istituto dell'accesso documentale: “è costruito come situazione soggettiva strumentale per la tutela di situazioni sostanziali, a prescindere dalla qualificazione della situazione finale in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo”; in questo quadro: “la necessità (o la stretta indispensabilità) della conoscenza del documento determina il nesso di strumentalità tra il diritto all'accesso e la situazione giuridica ‘finale’, nel senso che l'ostensione del documento amministrativo deve essere valutata, sulla base di un giudizio prognostico ex ante, come il tramite – in questo senso strumentale – per acquisire gli elementi di prova in ordine ai fatti (principali e secondari) integranti la fattispecie costitutiva della situazione giuridica ‘finale’ controversa e delle correlative pretese astrattamente azionabili in giudizio. La delibazione è condotta sull'astratta pertinenza della documentazione rispetto all'oggetto della res controversa”.

⁴⁰ Sulla nuova sistemática delle azioni di cui al Codice del processo amministrativo, sia consentito il rinvio a F. F. GUZZI, *Effettività della tutela e processo amministrativo*, cit., in part. 157 e ss. Si veda altresì, A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012; M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; E. FOLLIERI, *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*; R. GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; F. LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2012; S. RAIMONDI, *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011; L. TORCHIA, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo. Adeguamenti organizzativi e riforme strutturali (Atti del LV1 convegno di studi di*

non sia subordinata a meccanismi esclusivamente formali (il rispetto del mero termine dell'impugnativa dell'atto), a prescindere dalla verifica se l'ordinamento, e nello specifico il procedimento in cui è coinvolta la parte, assicuri che il ricorrente abbia (realmente) gli elementi per contestare la legittimità degli atti. Non ha senso infatti prevedere un'azione processuale nel momento in cui il ricorrente non viene messo nelle condizioni di 'riempirla' dei contenuti necessari a far valere il proprio interesse.

Nella materia degli appalti l'esigenza è più avvertita perché spesso l'illegittimità si connette ad informazioni specifiche e dettagliate (ad esempio sull'offerta e sul giudizio di anomalia) che devono essere necessariamente conosciute; non a caso la disciplina dei contratti pubblici (come detto, sempre più attenta alle esigenze di tutela) ha previsto un microcosmo il quale – al netto delle problematiche interpretative e delle distonie legislative e seppure entro la cornice dei principi generali – appresta un meccanismo (avallato dalla recente giurisprudenza), teso appunto a garantire non solo il profilo formale (connesso alla possibilità del ricorrere averso gli atti della procedura di gara) bensì anche il profilo sostanziale (evitando appunto i cd ricorsi al buio).

L'attenzione a questi aspetti denota come il principio di effettività della tutela abbia valore immanente al sistema e riesca di conseguenza a inserirsi nel meccanismo, ad esempio, del riparto di giurisdizione (l'ampliamento della giurisdizione esclusiva è conseguenza proprio delle esigenze di effettività); ancora, trova luogo nelle maglie di vari istituti: si veda il meccanismo delle azioni (alle quali specularmente corrispondono le rispettive pronunce giurisdizionali), la pregiudiziale amministrativa e, appunto, da ultimo, il tema della decorrenza dei termini del ricorso.

Un ordinamento che in omaggio all'art. 24 della Costituzione⁴¹ tende a rendere effettiva la tutela delle situazioni giuridiche soggettive, non può non tenere conto dei profili sostanziali; i meccanismi (connessi agli oneri informativi dell'amministrazione o all'agire della parte coinvolta nel procedimento) idonei a determinare la dilazione temporale dei termini, laddove risultino necessari alle esigenze della parte ricorrente, si pongono proprio su questa direttrice.

L'Adunanza Plenaria, ancora una volta⁴² fa un passo in avanti nel percorso giuridico-interpretativo teso al rafforzamento della tutela delle situazioni giuridiche soggettive; si dà al principio di effettività un valore non meramente simbolico; è un principio che invece orienta e incide sull'interpretazione giurisprudenziale

scienza dell'amministrazioni, (Varenna-Villa Monastero, 23-25 settembre, 2010), Milano, 2011, ed ivi, A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*.

⁴¹ La disposizione in oggetto assurge a norma cardine sulla cui base è possibile riconoscere e garantire tutela giurisdizionale di qualsiasi posizione soggettiva; la possibilità di difendersi in giudizio è un diritto inviolabile (art. 24, comma 2, Cost.).

⁴² Si veda – sempre in materia di procedure di gara – la questione della responsabilità pre-contrattuale della p.a.

delle norme, interpretazioni che spesso vengono a correggere talune asimmetrie connesse ad interventi legislativi a volte poco coordinati che rischiano di mettere a repentaglio le conquiste fatte in tema di tutela (procedimentale e processuale).

C'è da aggiungere che la successiva pronuncia del giudice delle leggi, ha avallato l'impianto nomofilattico posto in essere dall'Adunanza Plenaria.

Infatti, con la sentenza 28 ottobre 2021, n. 204, la Corte Costituzionale⁴³ si è pronunciata in merito alla legittimità costituzionale dell'art. 120, comma 5, del Codice processo amministrativo in riferimento all'art. 24 della Costituzione, nella parte in cui fa appunto decorrere il termine per proporre motivi aggiunti, nelle controversie di cui al comma 1, dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 79 d.lgs. n.163/2006, ed ha affermato – in linea con quanto fin qui evidenziato – che risulterebbe in contrasto con il diritto di difesa un meccanismo che imponga alla parte lesa dal provvedimento di aggiudicazione di proporre un ricorso per motivi aggiunti prima che essa sia stata posta nelle condizioni di percepire il vizio; meccanismo che si porrebbe altresì in contrasto con il diritto europeo il quale esige appunto che il termine per proporre ricorso decorra dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della illegittimità che intende rilevare, determinando di conseguenza un principio che attiene sia al ricorso principale sia alla proposizione di motivi aggiunti. Di conseguenza: *“sono compatibili con l'art. 24 Cost. – oltre che con il diritto dell'Unione europea, ove applicabile, quelle sole interpretazioni del quadro normativo per effetto delle quali la parte ricorrente disponga di un termine non inferiore a trenta giorni per agire in giudizio, e comunque per proporre motivi aggiunti, tenuto conto della data in cui essa ha preso conoscenza, o avrebbe potuto prendere conoscenza usando l'ordinaria diligenza, dei profili di illegittimità oggetto dell'impugnativa. Si tratta, infatti, del termine discrezionalmente scelto dal legislatore per la proposizione sia del ricorso principale, sia dei motivi aggiunti, per i quali ultimi non è stabilita normativamente alcuna dimidiazione di esso. L'interpretazione respinta dal rimettente, ma avallata da ultimo dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, rientra nel novero appena descritto delle letture costituzionalmente orientate del censurato art. 120, comma 5, cod. proc. amm. Difatti, essa assicura, mediante il meccanismo della cosiddetta dilazione temporale per i casi di accesso tempestivamente soddisfatto dall'amministrazione, che il termine per proporre i motivi aggiunti, pur decorrendo, per l'ipotesi prevista dalla disposizione censurata, dalla data di comunicazione dell'aggiudicazione, sia ugualmente pieno. Parimenti, per il caso in cui l'amministrazione, invece, neghi l'accesso o lo procrastini con condotte dilatorie, il termine, secondo tale lettura esegetica, decorre, quanto ai vizi non percepibili innanzi, dalla data di effettiva conoscenza degli atti di gara, sicché con ciò si assicura alla parte ricorrente di poter usufruire dei trenta giorni assegnati dall'art. 120 cod. proc. amm. per articolare le proprie censure in giudizio”*.

⁴³ Sulla sentenza in oggetto, si veda 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, n. 26/2021.

Viene dunque confermato l'impianto così come descritto dai giudici amministrativi.

6. Osservazioni conclusive

Analizzati i fattori di incidenza del principio di effettività della tutela, declinato, in particolare, sotto il profilo della individuazione dei termini processuali per impugnare il provvedimento amministrativo, il punto che si pone ora all'attenzione dell'interprete è il seguente: ci si trova di fronte all'ennesima divaricazione tra disciplina generale e disciplina degli appalti? Oppure la sensibilità dimostrata (tesa ad evitare i cd ricorsi al buio) dell'Adunanza Plenaria in tema di procedura di gara, trova applicazione (generalizzata) a tutti i settori del contenzioso, mettendo quindi in discussione il prevalente orientamento il quale, come visto, ritiene sufficiente la conoscenza del provvedimento lesivo ai fini dell'impugnativa?⁴⁴

In realtà, la possibilità di leggere in *termini sostanziali* la tematica dell'impugnativa dei provvedimenti in tema di appalti, è connessa agli oneri informativi imposti dalla normativa di settore alle amministrazioni aggiudicatrici; oneri che in generale non gravano sulle altre amministrazioni, le quali soddisfano gli obblighi di legge con la comunicazione e/o notifica (o pubblicazione laddove prevista dalla legge) dell'atto e con l'indicazione dei contenuti minimi essenziali (autorità emanante, oggetto, contenuto dispositivo e suoi effetti); il meccanismo fondato sulla comunicazione dell'atto e dei suoi contenuti minimi, in assenza di una disciplina settoriale che preveda ulteriori oneri formali (d'ufficio o a richiesta), difficilmente potrà essere messo in discussione al fine di determinare la dilazione temporale dei termini processuali; le problematiche connesse alle condotte dilatorie delle amministrazioni e all'eventuale insufficienza della motivazione dei loro atti, al netto del fatto che l'insufficienza della motivazione assurge di per sé a (valido) motivo di ricorso, sono comunque aspetti patologici che possono trovare risoluzione imponendo condotte più virtuose alle amministrazioni medesime (nell'ottica dell'effettività cd primaria intesa come rispetto da parte dell'amministrazione delle regole che presidono al suo agire⁴⁵); più che stravolgere il meccanismo che aggancia le azioni processuali al *dies a quo* decorrente dalla

⁴⁴ Con connessa decorrenza del termine processuale, demandando al ricorso per motivi aggiunti la contestazione di eventuali e ulteriori atti lesivi.

⁴⁵ Si fa riferimento alla distinzione tra forme di garanzia primaria e secondaria analizzata da L. FERRAJOLI, in *Principia iuris, Teoria del diritto e della democrazia*, Volumi I e II, Bari, 2007. Laddove la garanzia primaria è quella che sta fuori dal processo, che prescinde dal ricorso a strumenti di tipo giurisdizionale e che attiene all'ordine/sistema normativo la cui corretta attuazione – coniugata ad una efficiente costruzione – assume valenza di garanzia appunto primaria, perché progressiva e deflattiva di qualunque successivo conflitto

comunicazione (e dunque conoscenza) del provvedimento lesivo, è innanzitutto necessario che l'amministrazione rispetti l'onere, di cui all'art. 3 della legge sul procedimento amministrativo, che ad essa impone di motivare la sua azione, e che rispetti gli obblighi di pubblicazione degli atti imposti dalla normativa in tema di trasparenza amministrativa.

In sostanza, tra potere amministrativo e tutela (effettiva) delle situazioni giuridiche soggettive che si correlano al primo, sussiste un rapporto di coesistenza che, per risultare sostenibile, implica da una parte che l'amministrazione possa avere 'libertà di azione' e dunque di scelta (nei limiti e nel rispetto dei vincoli imposti alla discrezionalità) delle soluzioni più adeguate e conformi all'interesse pubblico; dall'altra, che siano garantite le più ampie e pregnanti forme di tutela al soggetto che lamenti l'illegittimità dell'azione amministrativa. In questo rapporto di coesistenza si innesta il principio di certezza del diritto, al quale si aggancia la previsione del termine di decadenza dell'impugnativa degli atti amministrativi.

Il limite temporale alla contestazione degli atti è essenziale per la certezza dei rapporti giuridici; non a caso il legislatore ha imposto dei limiti temporali più stringenti allo stesso esercizio del potere di autotutela⁴⁶. L'incertezza sul termine di decorrenza diventa non solo un elemento che può inficiare l'applicazione del principio di effettività della tutela ma può mettere in crisi, più in generale, le esigenze di certezza dei rapporti giuridici. È necessario di conseguenza stabilire regole certe e chiare al fine della tenuta complessiva del sistema.

L'orientamento giurisprudenziale che – nell'ottica del suddetto rapporto di coesistenza sostenibile tra potere e interesse – aggancia la decorrenza alla conoscenza/percezione della lesività dell'atto (demandando al ricorso per motivi aggiunti la eventuale doglianza avverso ulteriori atti) sembra in linea con le ragioni di certezza da una parte e di tutela dall'altra; si tratta di porre in essere un'opera di equilibrio tra contrapposte esigenze. Equilibrio che in materia di appalti trova una ricollocazione (in senso più orientato alle ragioni dell'effettività della tutela) in virtù dei meccanismi imposti dalla normativa in tema di contratti pubblici la quale, come visto, impone oneri informativi più stringenti all'amministrazione.

Si potrebbe in definitiva dedurre che è l'onere informativo (e dunque l'implementazione della cd garanzia primaria⁴⁷) ad incidere in senso rafforzativo e ad avere riflessi sulla tutela processuale (cd garanzia secondaria) la quale è stata interpretata in senso più garantista dalla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

⁴⁶ Si veda, da ultimo, il cd decreto semplificazioni-bis, che è intervenuto sull'art. 21-*nonies*, comma 1, prevedendo la riduzione, da diciotto a dodici mesi, del termine per l'annullamento d'ufficio nelle ipotesi di provvedimenti di autorizzazione o attribuzione di vantaggi economici.

⁴⁷ Tesa all'osservanza da parte dei consociati (che hartianamente assumono un ruolo fondamentale, costitutivo del generale impianto normativo) degli obblighi imposti dall'ordinamento. L'effettiva e concreta soddisfazione delle pretese del titolare di una situazione giuridica soggettiva può trovare di conseguenza soddisfazione in uno stadio anteriore, attinente appunto alla osservanza da parte del soggetto obbligato, della norma di diritto sostanziale tesa a imporre una determinata condotta e prescrizione.

Abstract

L'articolo focalizza l'attenzione sui termini processuali per ricorrere e il rapporto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale. In particolare, si concentra sui termini per ricorrere avverso gli atti delle procedure di gara affrontando la questione relativa ai cd ricorsi al buio.

Effectiveness of protection and terms for judicial appeal

The article focuses on procedural terms for appeal and the relationship with the principle of effectiveness of judicial protection. In particular, the article analyzes the deadlines for appealing in the public contract and the connected issue of "blind appeals"