RSD
Rivista Semestrale di Diritto

RIVISTA SEMESTRALE DI DIRITTO

ISSN 2724-2862

Numero 2/2020

Dicembre 2020

ISSN 2724-2862

Direttore Scientifico

Dott.ssa Caterina Del Federico

Direttore

Dott. Riccardo Guarino

Vicedirettori

Dott. Simone Cedrola
Dott. Pasquale La Selva
Dott.ssa Claudia Cantone

Comitato di Direzione

Piera Di Guida, Claudia Calderini, Rossana Grauso, Gianluca Barbetti, Claudia Addona, Mario Nocera

Comitato di Redazione

Giulia Cavallari, Andrea Nicosia, Carlo Pezzullo, Michele D'Onofrio, Rossella Giuliano.

Comitato scientifico

Amedeo Arena (Università Federico II), Marco Bassini (Università Bocconi), Gianluca Bertolotti (Università Roma III), Federico Caporale (Università della Sapienza), Alfonso Maria Cecere (Università Federico II), Alfonso Celotto (Università Roma III), Nicoletta Corrocher (Università Bocconi), Giovanni Comazzetto (Università di Padova), Paolo Costa (Università Cattolica), Massimo Rubino De Ritis (Università Luigi Vanvitelli), Francesco De Santis (Università Federico II), Lorenzo Del Federico (Università di Chieti-Pescara), Massimiliano Delfino (Università Federico II), Gabriele Della Morte (Università Cattolica), Giusella Finocchiaro (Università di Bologna), Federico Girelli (Università Cusano), Lucio Imberti (Università di Milano), Marco Imperiale (Harvard University), Maria Beatrice Magro (Università Marconi), Maria Luisa Mancusi (Università Cattolica), Laurent Manderieux (Università Bocconi), Arturo Maresca (Università della Sapienza), Stefano Mele (Università di Foggia), Alessandro Milone (Università Parthenope), Lilla' Montagnani (Università Bocconi), Fulvio Palombino (Università Federico II), Nicoletta Parisi (Università Cattolica), Elisabetta Pederzini (Università di Torino), Giovanna Petrillo (Università Luigi Vanvitelli), Lucia Picardi (Università Federico II), Cinthia Pinotti (Corte dei Conti, Piemonte), Filippo Pizzolato (Università di Padova), Ludovica Poli (Università di Torino), Concetta Ricci (Università del Molise), Carlo Rossi Chauvenet (Università Bocconi), Andrea Saccucci (Università Luigi Vanvitelli), Adriana Salvati (Università Luigi Vanvitelli), Giovanni Sartor (Università di Bologna), Michele Tamponi (LUISS), Giovanni Terrano (Università Federico II), Roberto Virzo (Università del Sannio), Roberto Zannotti (Università LUMSA), Giovanni Zarra (Università Federico II), Giovanni Ziccardi (Università di Milano).

Sede

Ius in itinere Srls, Via Santa Lucia, 34 Napoli - Partita Iva 08593431219

Info e contatti

Sito web: www.rivistadidiritto.it

Per l'invio dei contributi scrivere a: redazione@iusinitinere.it

Per qualsiasi informazione scrivere a: info@iusinitinere.it

RSD
Rivista Semestrale di Diritto

Indice

Articoli

Dott. Raffaele Cantone – *La prevenzione della corruzione nelle società pubbliche* p. 7

Prof.ssa Nicoletta Parisi e Prof. Dino Rinoldi – *Misure di prevenzione personale e libertà di movimento* p. 67

Saggi

Prof. Alberto Artosi e Dott. Luigi Russi – *Dispositivi sessuali. Il diritto alla prova del sesso artificiale* p. 87

Dott.ssa Valeria Bilotto – *Comunicazione, conoscenza e pubblicazione del provvedimento amministrativo: la corretta individuazione del dies a quo dell'impugnazione nella specifica ipotesi dell'impugnazione dell'aggiudicazione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Breve riflessione alla luce delle risultanze dell'Adunanza Plenaria n. 12/2020.* p. 103

Prof. Lorenzo Del Federico – *La tutela del contribuente nell'evoluzione del diritto tributario internazionale: dagli accordi amministrativi fra autorità fiscali alle procedure arbitrali* p. 130

Dott. Davide Gasparini – *Dai modelli legali al comodato "di terzo genere"* p. 153

Dott.ssa Federica Marconi – *Brevi riflessioni in tema di tutela della privacy durante la pandemia Covid-19. Il caso dell'impiego dei droni per la verifica del rispetto delle misure di contenimento e contrasto alla diffusione del virus* p. 168

Dott.ssa Emanuela Morotti – *Rilievi critici sulla possibilità di configurare l'abuso del promissario acquirente nella nuova disciplina degli immobili da costruire* p. 185

Dott. Andrea Nicosia – *Lo scioglimento degli Enti locali per infiltrazioni mafiose. Riflessioni alla luce della relazione della Commissione d'inchiesta e vigilanza sul fenomeno della mafia e della corruzione in Sicilia dell'Assemblea Regionale Siciliana* p. 198

Dott. Andrea Persichillo – *L'apertura della Corte Costituzionale alla società civile. Alcuni spunti di riflessione* p. 215

Dott. Giacomo Piersanti – *La riparazione pecuniaria ex art. 332 quater c.p.: tra visioni interne e proiezioni convenzionali* p. 235

Dott. Giulio Soana – *L'accesso transfrontaliero alla prova informatica. Oltre il principio di territorialità* p. 254

RSD
Rivista Semestrale di Diritto
ISSN 2724-2862

Articolo scientifico sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 3 del Regolamento della Rivista

Comunicazione, conoscenza e pubblicazione del provvedimento amministrativo: la corretta individuazione del dies a quo dell'impugnazione nella specifica ipotesi dell'impugnazione dell'aggiudicazione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Breve riflessione alla luce delle risultanze dell'Adunanza Plenaria n. 12/2020.

A cura di **Dott.ssa Valeria Bilotto**[1]

ABSTRACT

L'elaborato analizza la rilevanza dei momenti della comunicazione, della conoscenza e della pubblicazione del provvedimento amministrativo. Si tratta di momenti che, pur richiamando concetti semanticamente differenti, sono caratterizzati dalla medesima effettività: comunicazione, conoscenza e pubblicazione rappresentano, cioè, tre diversi fenomeni attraverso cui l'atto diventa noto al destinatario. Da un punto di vista oggettivo, la presa di coscienza dell'esistenza del provvedimento ne consente la produzione degli effetti che gli sono propri; da un punto di vista soggettivo, è da questo stesso momento che scatta l'onere per il privato di formulare, ad esempio, una richiesta di accesso agli atti ovvero di presentare al giudice competente un ricorso per far valere l'illegittimità (per come divenuta nota) del provvedimento entro i termini stabiliti per legge. Solo da quando il provvedimento è, in termini generali, conosciuto può iniziare a decorrere il termine per l'impugnazione; termine che, come per tutte le azioni disciplinate dal Codice del Processo Amministrativo – ad eccezione del giudizio di ottemperanza – è qualificato come decadenziale, di talché solo l'esercizio dell'azione è in grado di interromperne il decorso infruttuoso. È evidente che, dalla corretta individuazione della effettività (intesa proprio come capacità di produrre effetti) del provvedimento, dipende la ricevibilità del ricorso: comunicazione, conoscenza e pubblicazione, cioè, rilevano ai fini della corretta individuazione del dies a quo dell'impugnazione. Tuttavia, determinare quando il provvedimento diventi effettivamente noto al destinatario, e quindi

[1] Laureata con 110/110 e lode presso l'Università della Calabria, discutendo una tesi sul merito amministrativo. Ha perfezionato gli studi pubblicisti venendo ammessa al seminario di studi e ricerche parlamentari "S. Tosi", svoltosi a Firenze. Ha completato proficuamente il tirocinio ex art. 73 del D.L. 69/2013 presso la Sezione misure di prevenzione del Tribunale di Reggio Calabria. Attualmente è avvocato iscritto all'albo del Foro di Cosenza con particolare attitudine e interesse nel diritto amministrativo.

efficace, non è sempre un'operazione di facile ermeneusi. Il problema, in particolare, si è posto, in tempi piuttosto recenti, con specifico riguardo agli atti delle procedure di gara: infatti, se, da un lato, il legislatore ha modificato il vecchio codice degli appalti, sostituendolo con il nuovo d.lgs. 50/2016, al contempo, però, non ha correttamente coordinato le varie disposizioni. E invero, l'art. 120 co. 5 del c.p.a., nell'individuare il termine per l'impugnazione degli atti di gara, rinvia all'art. 79 del d.lgs. 163/2006, cioè il "vecchio" codice degli appalti. Ebbene, tale normativa è stata abrogata proprio dall'entrata in vigore del nuovo d.lgs. 50/2016. Il mancato coordinamento ha determinato il sorgere di vari orientamenti giurisprudenziali – che verranno puntualmente analizzati nel corso della presente trattazione –, ognuno dei quali ha differentemente ricostruito i rapporti tra gli artt. 41 e 120 co. 5, del c.p.a. e l'art. 79 del d.lgs 163/2006. La delicatezza della questione, la sua rilevanza e l'eccessiva ambiguità del quadro normativo ed ermeneutico hanno determinato la rimessione all'Adunanza Plenaria che ha definitivamente statuito sulla problematica della corretta individuazione del dies a quo dell'impugnazione. L'elaborato terminerà, quindi, con una analisi della sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 12/2020.

ABSTRACT

The paper analyses the importance of the comunication, knowing and publication of administration deed. That moments, even if referred to different semantic field, are characterized by equal effectiveness: comunication, knowing and publication represent three different moments from which an administration deed become known by the beneficiary. From an objective point of view, the knowing about administration deed's excistence allow it to produce its typical effects; from a subjective point of view, these moments announce the start of proposing, for example, appeal for access to documents or proposing a jurisdictional appeal to the judge in charge to assert the illegality of the provision within the terms established by law. Only when the measure is, in general terms, known the term for appeal can begin to run; a term which, as for all actions governed by the Administrative Process Code - with the exception of the judgment of compliance - is qualified as forfeiture, so that only the exercise of the action is able to interrupt its course. It is clear that the appeal's admissibility depends on the correct identification of the effectiveness (understood precisely as the administration deed's ability to produce effects): communication, knowing and publication, that is, are relevant for correctly identifying the starting date of the appeal. However, determining when the measure actually becomes known to the recipient, and therefore effective, is not always an easy-to-use operation. In particular, the problem has arisen, quite recently, from tender procedure: in fact, if, on the one hand, the legislator has modified the old bid code, replacing it by the new decree n. 50/2016, at the same time, on the other hand, he did not correctly coordinate the various rule. Indeed, the art. 120 co. 5 c.p.a., identifying the deadline for appeal the tender documents, refers to art. 79 of Legislative decree n. 163/2006, the "old" tender code. Well, this rule was repealed precisely by the insertion of the new tender code from legislative decree n. 50/2016. The missed

coordination bring about various jurisprudential orientations - which will be duly analyzed in the course of this paper -, each of which has differently reconstructed the relationships between Articles 41 and 120 co. 5, of the c.p.a. and art. 79 of Legislative Decree 163/2006. The delicacy of the question, its relevance and the excessive ambiguity of the regulatory framework have led to the remission to the Plenary Assembly of the question about the correct identification of the appeal's dies a quo. Therefore, the paper will end with an analysis of the ruling of the Plenary Assembly no. 12/2020.

PAROLE CHIAVE

Provvedimento – Termine impugnazione – Ricorso al buio – Appalto – Adunanza Plenaria.

Sommario: 1. Efficacia temporale del provvedimento amministrativo: breve analisi dell'art. 21-bis della legge n. 241/1990 – 2. Conoscenza, comunicazione e pubblicazione: dalla diversità semantica all'eguaglianza effettuale. La rilevanza pratica della piena conoscenza – 2.1. Segue. Ancora sulla rilevanza della piena conoscenza: il caso della tutela del terzo leso dalla SCIA del soggetto segnalante (cenni). – 2.2. Il dibattito giurisprudenziale sul concetto di piena conoscenza: il problema del c.d. ricorso al buio. – 3. Conoscenza, comunicazione e pubblicazione nella particolare materia degli appalti: il problema del dies a quo dell'impugnazione sotto la vigenza del vecchio codice degli appalti – 4. Il problema dell'individuazione del dies a quo dell'impugnazione alla luce del nuovo codice degli appalti pubblici (d.lgs. n. 50/2016). La rimessione all'Adunanza Plenaria. **–** 4.1. Analisi della pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 12/2020. – 5**.** Considerazioni conclusive

1. Efficacia temporale del provvedimento: breve analisi dell'art. 21-bis della legge n. 241/1990.

Il provvedimento è l'atto amministrativo[2] conclusivo di un procedimento con il quale la Pubblica Amministrazione fornisce una risposta al privato istante ovvero rivela le proprie determinazioni a seguito di un procedimento avviato d'ufficio.

[2] Efficacemente F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in S. Amorosino (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di M.S. Giannini*, Milano, 1995, 255 ss., 257, afferma che il provvedimento amministrativo «nasce dalla costola dell'atto amministrativo, come sua species eminente», trovando appunto la sua teorizzazione compiuta nell'opera di Giannini.

È la manifestazione tipica dell'attività della pubblica amministrazione[3], il momento in cui si perfeziona una determinata fattispecie di esercizio del potere[4].

Il provvedimento amministrativo appartiene alla categoria degli atti amministrativi[5] e, come tale, è rivolto al perseguimento dell'interesse pubblico concreto risultante dal bilanciamento tra gli interessi, pubblici e privati coinvolti. È un atto unilaterale e autoritativo, capace cioè di imporre i propri effetti a prescindere dalla volontà del destinatario; effetti deputati, poi, a cristallizzarsi qualora il privato non contesti, prontamente nei termini, il provvedimento medesimo[6].

L'attitudine all'inoppugnabilità, e quindi alla cristallizzazione delle risultanze compendiate nel provvedimento, e il connotato autoritativo, cioè la propensione del provvedimento a trovare una propria esecuzione a prescindere dalla volontà dei destinatari dell'atto medesimo, rendono centrale l'individuazione dell'esatto momento a decorrere dal quale l'atto è idoneo a produrre effetti – anche sfavorevoli – nei confronti del privato; quest'ultimo quindi, solo dalla conoscenza dell'atto, potrà liberamente determinarsi, al fine di procedere ad una eventuale inibizione dell'illegittimità promanante dall'atto dell'autorità.

Nessun problema, invero, suscita il caso del provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato: in tali casi, cioè, stante l'effetto favorevole, l'atto si qualifica come immediatamente efficace. Non esistono, cioè, ragioni di tutela idonee a determinare uno slittamento in avanti dell'efficacia del provvedimento poiché il privato risulta favorito, agevolato dall'attività amministrativa. Il provvedimento, in tale caso, non è recettizio, ma immediatamente efficace[7].

---

[3] M. Fratini, *Manuale sistematico di diritto amministrativo,* Accademia del diritto editrice, Roma, 2019.

[4] V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo,* Giappichelli, Torino, 2012.

[5] M. Fratini, *Manuale sistematico di diritto amministrativo,* cit.; l'Autore sottolinea come «il provvedimento amministrativo è un atto. ma non ogni atto amministrativo è un provvedimento. Vi sono atti che non hanno natura provvedimentale […]. È il caso degli atti preparatori: se è vero che il procedimento è finalizzato all'adozione di un provvedimento, è vero anche che quest'ultimo è normalmente preceduto da una serie di atti preparatori, che ne costituiscono il presupposto non solo cronologico, ma anche contenutistico». Sul punto, si veda anche la giurisprudenza amministrativa in merito ai c.d. atti paritetici, da ultimo Cons. Stato, A.P., n. 12 del 30 agosto 2018, ove si ricostruisce in termini di atto paritetico l'atto con cui l'amministrazione determina il contributo correlato agli oneri di urbanizzazione primaria e secondaria; Cons. Stato, A.P., n. 9 del 3 settembre 2019, ove si ricostruisce in termini di atto paritetico l'atto con cui il gestore dell'energia elettrica si pronunci sul rispetto o meno della c.d. quota d'obbligo in tema di energie rinnovabili.

[6] Il fine pubblico, l'unilateralità, l'imperatività e l'attitudine all'inoppugnabilità sono i caratteri essenziali del provvedimento. Per un approfondimento sul tema, si veda M. Fratini, *Manuale sistematico di diritto amministrativo,* cit.

[7] Un diverso orientamento della dottrina Bruno E. G. Fuoco, *Riflessione sugli atti recettizi dopo l'entrata in vigore della l. 15/2005,* in Lexitalia, Riv. n. 5/2005, invece, ritiene che «occorre tener conto anche delle singole disposizioni contenute (nel provvedimento), in modo che, anche un provvedimento avente una funzione concessoria, possa essere ritenuto recettizio, qualora contenga singole disposizioni limitative della sfera giuridica del privato». In sostanza anche gli atti ampliativi potrebbero essere qualificati come atti recettizi. Tale approdo è altresì sostenuto da una risalente giurisprudenza di merito; si veda TAR Puglia-Bari, Sez. II, nn. 6 - 4 del 29 febbraio 1996; TAR Toscana, Sez. I, 1n. 45 del 1 marzo 1997, n. 45 e n. 518 del 14 novembre 1997. Anche la Cassazione ha avuto modo di affermare che «al fine di qualificare l'atto di cui si discute come ampliativo della sfera giuridica del destinatario ovvero, al contrario, come limitativo di tale sfera, non può aversi riguardo alla natura delle singole ed eterogenee situazioni giuridiche nascenti dal provvedimento, ma alla unitaria funzione giuridica del provvedimento stesso, dovendosi, in caso contrario, ammettere che l'atto possa avere contemporaneamente carattere recettizio o non recettizio, a seconda che si discuta delle situazioni giuridiche attive o di quelle passive del destinatario» (Cass. civ., sez. I, sent. n.15822/2000).

Diverso è, invece, il caso del provvedimento limitativo[8] della sfera giuridica del privato, il quale, a fronte degli effetti negativi sgorganti dal suddetto provvedimento, ben potrebbe avere interesse ad accedere agli atti del procedimento ovvero ad impugnare l'atto. Attività a ciò propedeutica è, inevitabilmente, la conoscenza, in senso lato, del provvedimento. Occorre, quindi, a fronte di tali atti limitativi, interrogarsi su quando effettivamente possa ritenersi raggiunta la piena cognizione del privato.

Sul punto, una prima risposta può essere rintracciata nell'art. 21-bis della l. 241/1990 che ha tentato di introdurre una disciplina organica dell'efficacia del provvedimento amministrativo. In un'ottica garantista, la norma, con riguardo ai soli provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati, dà rilievo alla comunicazione del provvedimento: è, cioè, a decorrere dalla comunicazione al privato destinatario che l'atto diventa idoneo a produrre gli effetti autoritativi di cui è astrattamente connotato. Se, poi, per il numero dei destinatari la comunicazione personale non sia possibile o risulti particolarmente gravosa, l'art. 21-bis sostituisce, *quoad effectum,* la comunicazione con la pubblicazione: è a decorrere dalla pubblicazione che si presume l'effettiva conoscenza del contenuto dell'atto da parte dei destinatari.

La comunicazione è quindi condizione di efficacia del provvedimento che, pertanto, si qualifica necessariamente come atto recettizio. Ciò, però, non vuol dire che la comunicazione sia idonea ad incidere sull'esistenza ovvero sulla validità del provvedimento; la comunicazione, cioè, influenza solo l'efficacia del provvedimento stesso: l'efficacia è *ex nunc,* cioè dal momento della comunicazione[9].

La soluzione adottata dall'art. 21-bis della l. 241/1990, in realtà, non è nuova nello scenario ordinamentale italiano. Invero, in un senso pressoché simile, si esprime il codice civile nel descrivere il momento di efficacia degli atti unilaterali: ai sensi, infatti, dell'art. 1334 c.c., gli atti unilaterali producono effetto dal momento in cui pervengono a conoscenza del destinatario. Sebbene la norma parli di conoscenza, la giurisprudenza ne ha fornito una interpretazione più estensiva: la conoscenza, cioè, si intende raggiunta allorquando «avuto riguardo alle previste modalità della sua comunicazione, consegna o spedizione, da accertarsi caso per caso dal giudice di merito, possa ritenersi che il destinatario medesimo ne abbia avuto conoscenza o ne abbia potuto avere cognizione usando la normale diligenza, ricadendo su di lui, in presenza di tali condizione, l'onere di dimostrare di essersi trovato, senza colpa, nell'impossibilità di

[8] M. Fratini, *Manuale sistematico di diritto amministrativo,* cit.: «la categoria dei provvedimenti limitativi è molto ampia. Essa comprende anzitutto i provvedimenti ablatori: reali (di espropriazione, imposizione di servitù, occupazione, confisca, sequestro), personali (ordini e direttive), obbligatori (imposizioni tributarie, gestione coattiva di impresa), sanzionatori. Sono provvedimenti limitativi anche quelli che di secondo grado ad esito eliminatorio (annullamento d'ufficio, revoca, sospensione) che incidono su provvedimenti ampliativi, così come quelli che inibiscono l'attività promossa a seguito di S.C.I.A.»

[9] Ciò tuttavia non esclude la possibilità che gli effetti dell'atto amministrativo, sub-specie provvedimentale, possano retroagire, cioè iniziare a decorrere a partire da un momento anteriore rispetto a quello in cui si perfeziona la fattispecie. La Corte Costituzionale è stata chiamata in più occasioni a valutare la conformità ai principi della Costituzione di norme dotate di efficacia retroattiva. Sul punto, si veda Corte Cost., sentenza n. 155 del 4 aprile 1990, nella quale la Corte ha affermato che «l'irretroattività costituisce un principio generale del nostro ordinamento (art. 11 Preleggi) e, se pur non elevato, fuori dalla materia penale, a dignità costituzionale (art. 25 co. 2 Cost.), rappresenta pur sempre una regola essenziale del sistema a cui, salva un'effettiva causa giustificatrice, il legislatore deve ragionevolmente attenersi, in quanto la certezza dei rapporti preteriti costituisce un indubbio cardine della civile convivenza e della tranquillità dei cittadini». Il principio è stato recentemente confermato da numerose altre pronunce (ex multis, sentt. nn. 236/2009, 4/2009, 11/2007).

averne notizia»[10]. La norma, quindi, per come anche interpretata dalla giurisprudenza civile, qualifica indistintamente la comunicazione e la conoscenza: si tratta, cioè, di momenti sostanzialmente tra loro interscambiabili, destinati a produrre il medesimo effetto.

Come la norma civile, anche l'art. 21-bis è stato oggetto di una interpretazione estensiva ad opera della giurisprudenza, sulla scia, anche e soprattutto, dell'ermeneusi avente ad oggetto l'art. 41, co. 2 c.p.a.

Tale ultima norma, infatti, nell'individuare il termine per l'azione di annullamento (normalmente di 60 giorni, salvi i casi di giudizi abbreviati), fa decorrere il dies a quo dalla notificazione ovvero dalla comunicazione individuale, oppure dalla piena conoscenza ovvero, per gli atti per i quali non è prevista la comunicazione, dalla pubblicazione del provvedimento se prevista o richiesta per legge. In sostanza, il tenore letterale dell'art. 41 prevede tre diversi eventi che non possono che considerarsi in un rapporto di equivalenza ed alternatività: il dies a quo decorre allorquando si verifichi uno di questi tre eventi. La piena conoscenza è, quindi, un evento perfettamente alternativo alla comunicazione; così come la pubblicazione è alternativa alla conoscenza (purché si tratti di un atto soggetto per legge all'obbligo di pubblicazione). Di talché se il destinatario ha acquisito piena conoscenza dell'atto prima della comunicazione, il dies a quo inizia a decorrere da prima della comunicazione e l'eventuale comunicazione successiva alla conoscenza non rimette in termini la parte per impugnare[11].

Seguendo questa stessa logica, la giurisprudenza ha equiparato la comunicazione, ai fini del 21-bis, alla conoscenza *aliunde* acquisita del provvedimento[12], conoscenza acquisibile anche a fronte della pubblicazione dell'atto[13].

---

[10] Cass. civ., Sez. II, n. 20784 del 25 settembre 2006.

[11] Ex multis Cons. Stato n. 5870/2017, secondo cui «la piena conoscenza dell'atto di ammissione della controinteressata, acquisita prima o in assenza della sua pubblicazione sul profilo telematico della stazione appaltante può dunque provenire da qualsiasi fonte e determina la decorrenza del termine decadenziale per la proposizione del ricorso». Si veda anche Cons. Stato n. 5434/2018 *«…per cui in difetto della formale comunicazione o della mancata pubblicazione sulla piattaforma telematica della stazione appaltante di un provvedimento impugnabile, il termine decorre, comunque, dal momento dell'intervenuta conoscenza, da qualsiasi fonte, della motivazione e della lesività del provvedimento».*

[12] Cons. Stato, V, 7 maggio 2001, n. 2551, in Foro Amm., 2001, f. 5.

[13] Per vero, parte della dottrina ha ritenuto che la conoscenza di un atto recettizio da parte del destinatario percepita aliunde non implica la produzione di effetti né determina la decorrenza del termine per gravare il provvedimento. Sul punto si veda, a titolo esemplificativo, quanto sostenuto da D. Corletto, «voce» *Comunicazione dell'atto amministrativo*, Enc. Treccani. Tuttavia, come criticamente sostenuto da M. Corradino, *Termini, efficacia dei provvedimenti e silenzio dell'Amministrazione nelle "riforme" della legge n. 241/1990 (Legge 11 febbraio 2005 n. 15 e Legge del 14 maggio 2005 n. 80),* in redazione.regione.campania.it/farecampania/scaffale_formativo, «il chiaro disposto ex art. 21 della cd. legge TAR, secondo cui il ricorso deve essere notificato entro il termine di sessanta giorni da quello in cui l'interessato ne abbia ricevuta la notifica o ne abbia comunque avuta piena conoscenza, non permette di aderire a tale impostazione».

2. Conoscenza, comunicazione e pubblicazione: tra eguaglianza effettuale e diversità semantica. La rilevanza pratica della piena conoscenza.

La ricostruzione normativa e giurisprudenziale, *supra* descritta, permette di rilevare un dato incontrovertibile: comunicazione, conoscenza e pubblicazione sono assimilabili quanto agli effetti. Nonostante l'eguaglianza "effettuale", esse sono attività ontologicamente differenti[14].

La comunicazione, infatti, è l'attività materiale con cui la PA rende noto ad uno specifico e predeterminato destinatario il contenuto di un provvedimento, al fine di consentirgli l'espletamento dei propri diritti di difesa e di partecipazione[15]. Ad esempio, la PA, nei procedimenti ad istanza di parte, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. A fronte della comunicazione ex art. 10 bis l. 241/1990, il privato può presentare memorie e documenti al fine di sollecitare una nuova verifica della PA, prima dell'adozione del provvedimento definitivo. Il preavviso di rigetto, quindi, per poter manifestare i propri effetti deve essere comunicato al privato, attraverso un'attività concreta e materiale della PA[16].

Diversa dalla comunicazione è invece la conoscenza. Nel linguaggio comune[17], conoscenza vuol dire prendere cognizione di qualcosa. Ai fini della conoscenza, perciò, non rileva il mezzo con cui si prende cognizione della notizia: è sufficiente che il contenuto di un determinato atto sia stato decodificato

---

[14] La diversificazione ontologica sostenuta è rinvenibile nelle maglie della giurisprudenza amministrativa. In particolare, è incidentalmente rinvenibile una distinzione tra comunicazione e conoscenza in quella giurisprudenza amministrativa che, rifacendosi al principio del raggiungimento dello scopo, ritenne che la regola dettata dall'art. 7 della legge n. 241/90 non potesse essere applicata meccanicamente e formalisticamente, dovendosi escludere ogni concreta lesione per il ricorrente nei casi in cui lo scopo della partecipazione del privato fosse stato comunque raggiunto o quando il provvedimento non avrebbe potuto avere un contenuto dispositivo diverso da quello in concreto adottato o quando il privato avesse avuto «comunque conoscenza di un atto equipollente alla formale comunicazione» (ex multis, Cons. Stato, sez. V, 3 luglio 2003 , n. 3969, in *Foro amm. CdS*, 2003, p. 3396 e sez. IV, 15 giugno 2004 , n. 4018, in *Riv. giur. edilizia*, 2005, I, p. 311, s.m.). È altresì evincibile l'esistenza di una distinzione ontologica tra pubblicazione e comunicazione nella celebre sentenza della Corte Costituzionale, n. 104 del 17 marzo 2006. In tale pronuncia, la Corte ha affermato che «… (l)a pubblicità dell'azione amministrativa ha assunto, specie dopo l'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241 …, il valore di un principio generale, che attua sia i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione (art. 97, primo comma, Cost.), sia la tutela di altri interessi costituzionalmente protetti, come il diritto di difesa nei confronti dell'amministrazione (artt. 24 e 113 Cost.). Tra i "criteri" dell'azione amministrativa, l'art. 1 della legge contempla, infatti, espressamente (accanto a quelli di economicità, di efficacia e di trasparenza) la pubblicità, mentre le disposizioni contenute nel capo V della medesima legge ne disciplinano taluni aspetti applicativi, quale, in primo luogo, l'accesso ai documenti amministrativi … Manifestazione fra le più rilevanti della regola di pubblicità è l'obbligo di comunicazione dei provvedimenti amministrativi, oggi sancito dall'art. 21-bis della legge n. 241 del 1990, introdotto dall'art. 14 della legge 11 febbraio 2005, n. 15».

[15] L'istituto della comunicazione è strettamente collegato alla partecipazione al procedimento, nel senso che consente agli interessati di essere posti a conoscenza della pendenza di un procedimento nel quale possono intervenire rappresentando il proprio punto di vista. Cfr. E. Casetta, (a cura di) F. Fracchia, *Manuale di diritto amministrativo,* Giuffrè, 2017.

[16] Si veda TAR Veneto, Sez. II, n. 3430 del 13 settembre 2005, sulla possibilità di ritenere sanata l'omissione dell'avviso di rigetto nel caso di conoscenza *aliunde* delle ragioni del rigetto: «Non può dichiararsi l'illegittimità del provvedimento amministrativo, per violazione dell'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990 - nel testo introdotto dalla legge n. 15/2005 - in quanto il provvedimento impugnato non è stato preceduto dalla comunicazione contenente i motivi che ostavano all'accoglimento della richiesta formulata da parte istante - nel caso in cui il soggetto interessato abbia avuto modo in più occasioni di conoscere tempestivamente le ragioni ostative al rilascio del provvedimento richiesto».

[17] Cfr. vocabolario Treccani, «voce» *conoscenza*, in Treccani.it/vocabolario: l'atto del conoscere una persona, dell'apprendere una cosa; facoltà, capacità di conoscere, d'intendere.

intellettualmente dal destinatario, indipendentemente dalla comunicazione ufficiale del provvedimento. Ciò che rileva è solo la consapevolezza nel destinatario del contenuto del provvedimento amministrativo: ciò spiega perché la piena conoscenza è a forma libera, nel senso che il destinatario può acquisirla con ogni mezzo, anche se l'atto non è stato comunicato[18].

Mentre, però, nella comunicazione e nella conoscenza il destinatario del provvedimento è un soggetto comunque determinato e individuabile, non così nelle ipotesi di pubblicazione. La pubblicazione, infatti, è la modalità con cui la PA rende fruibile all'esterno il contenuto di un atto amministrativo allorché i destinatari di quell'atto non possano essere previamente determinati. Sarebbe impossibile predisporre, in tali casi, uno strumento che consenta, sin dall'inizio del singolo procedimento, la comunicazione ad personam. Ad esempio, l'art. 26, l. 241/90 prevede un obbligo di pubblicazione per alcuni atti, al fine di consentire l'accesso e la trasparenza all'attività amministrativa; così come, nello specifico settore dei contratti pubblici, l'art. 29 del d.lgs. 50/2016 richiede la pubblicazione di tutti gli atti di gara, comunque denominati. Tramite la pubblicazione, nelle ipotesi previste dalla legge, si consente il raggiungimento della piena conoscenza e, quindi, la propagazione degli effetti dell'atto, a tutti i soggetti cui potenzialmente l'atto può rivolgersi[19].

Comunicazione, conoscenza e pubblicazione sono i momenti attraverso cui l'atto recettizio, divenuto noto al destinatario, inizia a produrre gli effetti che gli sono propri: rappresentano situazioni descrittive di un medesimo fenomeno, appunto l'efficacia del provvedimento. In altri termini, comunicazione, conoscenza e pubblicazione si configurano come fasi integrative dell'efficacia del provvedimento, poiché quest'ultimo, per perseguire la funzione che gli è propria, deve necessariamente essere conosciuto dal destinatario del provvedimento.

Invero, comunicazione, conoscenza e pubblicazione hanno un'altra importante rilevanza: non solo consentono di integrare l'efficacia del provvedimento amministrativo, ma rilevano anche ai fini della corretta individuazione del dies a quo per l'impugnazione. È evidente, cioè, che a partire dalla conoscenza, dalla comunicazione, dalla pubblicazione del provvedimento amministrativo il privato comprende la lesività dell'atto, sebbene sia la legge che, a seconda dei casi, attribuisce rilevanza ora al momento della

[18] È da ricordare che la commissione presso il Consiglio di Stato aveva ipotizzato di introdurre nel codice del processo amministrativo la seguente disposizione: "La piena conoscenza si intende acquisita quando l'interessato ha notizia certa dell'esistenza dell'atto e della sua lesività nei propri confronti. La successiva conoscenza di elementi ulteriori della motivazione dell'atto consente la proposizione dei motivi aggiunti".

[19] N. Durante, *Pubblicità, trasparenza e FOIA: indicazioni* operative, in https://www.giustizia-amministrativa.it/, 2018: «La pubblicità si sostanzia in una serie di obblighi di informazione, cui l'amministrazione è tenuta a beneficio indiscriminato di tutti i consociati. […] Quanto alla pubblicità, è da evidenziare come, talvolta, alla funzione di rendere conoscibile l'atto, si abbina quella di conferire allo stesso effetti legali: trattasi dei casi di pubblicità integrativa dell'efficacia o di pubblicità dichiarativa, o notizia (idonea, ad es., al decorso dei termini per la partecipazione ad una procedura di evidenza pubblica). Tale forma di pubblicità, che dà luogo ad una presunzione di conoscenza degli atti, consentendo la produzione degli effetti di legge a partire dalla loro pubblicazione, pur se effettuata ora mediante il sito istituzionale (tramite l'albo pretorio on line o tramite altre sezioni predisposte ad hoc denominate, ad es., "avvisi e bandi" o "bandi di gara"), va mantenuta distinta da quella che si effettua nella sezione "amministrazione trasparente" del sito istituzionale ed ha lo scopo di rendere conoscibile l'attività delle amministrazioni e favorire il controllo da parte dei cittadini».

conoscenza, ora al momento della comunicazione, ora al momento della pubblicazione. Ma, a seguito della comunicazione, della avvenuta conoscenza, della pubblicazione, il privato è posto nella condizione di poter adire il giudice amministrativo al fine di vedersi tutelare le proprie ragioni, purché lo faccia entro il termine di legge: scaduto il termine, infatti, il provvedimento è geneticamente destinato a divenire inoppugnabile, insindacabile[20]; è destinato a cristallizzare i propri effetti nel tempo e, conseguentemente, diventa passibile di esecuzione anche coattiva.

2.1. Segue. Ancora sulla rilevanza della piena conoscenza: il caso della tutela del terzo leso dalla SCIA del soggetto segnalante (cenni).

L'importanza della piena conoscenza della lesività dell'atto ha senza dubbio animato la problematica che si è, in tempi recenti, posta con riguardo alla tutela dei terzi a fronte della segnalazione certificata di inizio attività[21]. Si tratta di casi in cui il terzo subisca una lesione dall'attività del privato segnalante: il terzo, che non può impugnare il silenzio della PA (non trattandosi di un silenzio provvedimentale[22]) si troverebbe esposto al rischio di vedere spirare i termini per la proposizione dell'impugnazione. Se cioè il terzo non venisse a conoscenza dell'atto lesivo in tempi utili per attivare il meccanismo di tutela previsto dall'art. 19 co. 6 ter, potrebbe rimanere senza tutela proprio a causa di un deficit di conoscenza, di comunicazione, di pubblicazione.

Perciò la Corte Costituzionale[23], chiamata a pronunciarsi sul punto, ha rivolto un monito al legislatore: al fine di evitare un difetto di tutela del terzo, è indispensabile predisporre uno strumento che rende possibile la tempestiva conoscenza al terzo; in caso contrario, infatti, il provvedimento pur se lesivo, pur

[20] L'inoppugnabilità è una caratteristica che i provvedimenti amministrativi acquistano per effetto del trascorso del termine di impugnazione e risponde ad una "ragione pratica": «il bisogno di permettere all'amministrazione di procedere speditamente, senza essere esposta troppo a lungo al rischio di impugnative dei propri atti». Cfr. M. Fratini, in *Manuale sistematico di diritto amministrativo,* cit. La caratteristica del provvedimento non deve però essere confusa con la sua invalidità. Infatti, come avverte l'A. «l'inoppugnabilità non consiste nella trasformazione di un provvedimento invalido con un provvedimento valido, dal momento che la decorrenza dei termini non esplica alcun effetto sulla validità dell'atto. L'inoppugnabilità, cioè, non può essere considerata mezzo di sanatoria: non è una forma di convalida per decorso del tempo. La decadenza dal potere di impugnare (…) produce invece conseguenze sul piano dell'efficacia: rende incontestabili gli effetti del provvedimento».

[21] Al fine di una esaustiva ricostruzione della vicenda, si veda l'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale da parte del TAR Parma, n. 12 del 22 gennaio 2019 in www.giustizia-amministrativa.it.

[22] L'Adunanza Plenaria 15/2011, invece, aveva diversamente qualificato il silenzio serbato dall'amministrazione a fronte del mancato esercizio del potere inibitorio. In particolare, La Plenaria ha ritenuto che il detto silenzio altro non sia che un provvedimento significativo (provvedimento tacito), cioè un provvedimento espresso di diniego dell'adozione dei poteri inibitori, che come tale produce «precise conseguenze in merito alle tecniche di tutela praticabili del terzo controinteressato all'esercizio dell'attività denunciata»: ciò comporta, dunque, che la tutela del terzo sia «affidata primariamente all'esperimento di un'azione impugnatoria, ex art. 29 del codice del processo amministrativo, da proporre nell'ordinario termine decadenziale». Come noto, tuttavia, la posizione della Plenaria è stata repentinamente sconfessata dal legislatore che, con il D.L. n. 138/2011, ha introdotto il nuovo co. 6 ter, escludendo che il silenzio serbato dalla PA a fronte dei poteri inibitori sia un silenzio significativo e qualificandolo piuttosto come silenzio-inadempimento. Proprio per tale diversa qualificazione il legislatore ha previsto la possibilità per il terzo di esperire solo l'azione ex art. 31 c.p.a.: la diversa qualificazione del silenzio comporta una compressione della gamma di azioni esperibili. Per i problemi derivanti da tale impostazione cfr. M. Fratini, *Manuale sistematico di diritto amministrativo,* cit., p. 598 e ss.

[23] Corte Cost., sent. 13 marzo 2019, n. 45, in cortecostituzionale.it.

se illegittimo, sarebbe destinato a cristallizzarsi, divenendo regola definitiva e immodificabile del caso di specie.

La vicenda sulla tutela del terzo a fronte della SCIA di un privato conferma che conoscenza, comunicazione e pubblicazione sono momenti indispensabili ai fini dell'ottenimento di una risposta effettiva alle esigenze di tutela[24]: conosciuto il contenuto del provvedimento lesivo attraverso idonei strumenti ovvero attraverso la semplice attività intellettiva e di ricerca del privato, questi ha un termine per poter ricorrere al giudice.

Questa esigenza di prevedere un termine di decadenza dalle azioni risulta coerente sia con il bisogno di certezza dei rapporti giuridici sia con la giurisprudenza comunitaria che si è sempre espressa sulla non incompatibilità dell'astratta previsione di termini decadenziali purché gli stessi siano un dato oggettivamente riscontrabile[25].

2.2. Il dibattito giurisprudenziale sul concetto di piena conoscenza: il problema del c.d. ricorso "al buio".

L'attitudine del provvedimento all'inoppugnabilità, in uno con il dettato dell'art. 41 c.p.a., rende, quindi, centrale il momento della conoscenza, intesa in senso ampio, dell'atto lesivo, come evento da cui far decorrere il termine per l'impugnazione sia per il privato, sia per il terzo eventualmente leso dall'attività del privato.

Occorre, quindi, primariamente definire cosa debba intendersi per "piena conoscenza" dell'atto. Sul punto, si registrano due orientamenti della giurisprudenza.

Secondo l'orientamento dominante[26], il termine per impugnare il provvedimento non richiede la conoscenza dei vizi di illegittimità: ai fini del dies a quo, cioè, è sufficiente che il destinatario conosca il provvedimento nei suoi elementi essenziali; è sufficiente la percezione della lesività per far decorrere il

[24] Corte Cost., sent. 45/2019, cit.: «[…] Tutto ciò, peraltro, non esclude l'opportunità di un intervento normativo sull'art. 19, quantomeno ai fini, da una parte, di rendere possibile al terzo interessato una più immediata conoscenza dell'attività segnalata e, dall'altra, di impedire il decorso dei relativi termini in presenza di una sua sollecitazione, in modo da sottrarlo al rischio del ritardo nell'esercizio del potere da parte dell'amministrazione e al conseguente effetto estintivo di tale potere.» La Corte, in sostanza, avverte l'importanza ricoperta dalla conoscenza dell'attività oggetto di SCIA e ammonisce il legislatore futuro affinché intervenga con un puntuale riassetto della fattispecie normativa.

[25] È quanto sostenuto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nell'interpretazione dell'art. 2 quater della direttiva n. 665 del 1989. Evidenzia, sul punto, la Corte che «i termini per proporre i ricorsi avverso atti delle procedure di affidamento cominciano a decorrere solo quando il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione»; sussiste l'obbligo, per gli Stati membri di istituire «un sistema di termini di decadenza sufficientemente preciso, chiaro e prevedibile, onde consentire ai singoli di conoscere i loro diritti ed obblighi» (Corte giust. eur., sez. IV, 14 febbraio 2019, in C-54/18).

[26] Ex multis, Cons. Stato, V, 23 gennaio 2008, n. 138; Id., 4 marzo 2008, n. 862; TAR Lazio, Roma, III, 19 aprile 2005, n. 2801; TAR Toscana, Firenze, II, 14 marzo 2008, n. 297; Cons. giust. amm. sez. giur., 4 luglio 2008, n. 583; Cons. Stato, VI, 3 marzo 2010, n. 1239; Cons. Stato, III, 19 settembre 2011, n. 5268; Id., 28 novembre 2013, n. 5698. Si veda anche. A. Police, in G.P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processale amministrativo*, Padova, CEDAM, 2014, p. 395; F. Caringella – M. Protto, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Roma, DIKE, 2010, 606.

dies a quo dell'impugnazione, anche se il soggetto non è ancora in grado di conoscere se il provvedimento è realmente affetto da vizi di illegittimità. Il soggetto, quindi, avuta la mera percezione della lesività del provvedimento, pur senza conoscerne i vizi di legittimità, ha l'onere di impugnare il provvedimento a pena di decadenza. I vizi successivamente conosciuti (ad esempio a seguito del fruttuoso esperimento dell'istanza di accesso agli atti del procedimento) permettono la proposizione di motivi aggiunti. In altri termini, il soggetto deve proporre un ricorso "al buio", salva poi la possibilità di far valere i vizi successivamente conosciuti mediante la proposizione del ricorso per motivi aggiunti.

Considerando come piena conoscenza la percezione della lesività del provvedimento a prescindere dalla conoscenza dei vizi, si riesce, secondo tale orientamento, a garantire la certezza e la stabilità dell'azione amministrativa[27]: se il dies a quo venisse differito al momento della conoscenza della illegittimità del provvedimento, si andrebbe a spostare in aventi il dies a quo e quindi si avrebbe un prolungamento del periodo in cui l'atto amministrativo è ancora impugnabile, e conseguentemente precario. In questo modo si ricerca un punto di equilibrio tra l'esigenza di tutela del destinatario e l'esigenza di certezza: il destinatario ha l'onere di impugnazione immediata a prescindere dalla percezione dell'illegittimità, salvo poi la possibilità di proporre motivi aggiunti.

Tuttavia, tale ricostruzione cela il rischio del c.d. ricorso "al buio"[28]: il privato deve impugnare l'atto per il solo fatto di avere conoscenza della potenziale lesività, pur non conoscendo i motivi dell'eventuale illegittimità dell'atto medesimo. Non avendo avuto percezione dei concreti motivi di illegittimità, appare quantomeno arduo ipotizzare una adeguata e compiuta articolazione dei motivi di impugnazione. Il che comporta il conseguente rischio dell'inammissibilità del ricorso.

In ossequio a tale ricostruzione, quindi, al fine di tutelare la certezza dell'azione amministrativa si esporrebbe il destinatario del provvedimento amministrativo ad un triplice rischio[29]: il rischio del ricorso "al buio"; il rischio del rigetto del ricorso (allorché non sia rinvenibile alcun profilo di illegittimità[30]); il

---

[27] S. Raimondi, *La piena conoscenza ai fini del termine per ricorrere,* in *Il cittadino e la Pubblica Amministrazione, Giornate di studio in onore di Guido Corso,* Palermo 12 – 13 dicembre 2014, Napoli, Editoriale Scientifica 2016. L'A. afferma che «(…) l'orientamento prevalente è ispirato indubbiamente ad esigenze di certezza dell'azione amministrativa, le quali meritano di essere considerate», ma, al contempo, osserva criticamente che tali esigenze «(…) non possono avere una portata travolgente rispetto a principi ed a esigenze che certamente non sono meno significative. La garanzia costituita dell'azionabilità in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi (artt. 24 e 113 Cost.) risulta indubbiamente violata non soltanto quando si rendono non giustiziabili o limitatamente giustiziabili alcune fattispecie, ma anche nel caso in cui l'esercizio dell'azione risulti ostacolato in modo grave».

[28] S. Raimondi, *La piena conoscenza ai fini del termine per ricorrere*, cit. «Tale è il ricorso che l'interessato può proporre in presenza di un provvedimento del quale è in grado di percepire il carattere pregiudizievole dei suoi interessi, ma del quale non ha potuto apprezzare l'illegittimità, non ha potuto cioè individuare gli eventuali vizi».

[29] S. Raimondi, *La piena conoscenza ai fini del termine per ricorrere*, cit. «La lettura costituzionalmente orientata del concetto di "piena conoscenza" ai fini della decorrenza del termine per ricorrere non consente di ritenere ammissibile che l'interessato si veda gravato dall'onere costituito dalle spese della difesa, ed inoltre dall'onere del contributo di iscrizione a ruolo, per la proposizione di un ricorso che potrebbe rivelarsi inutile». 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 "super-speciale", in Federalismi.it, 2018: «L'anticipazione del dies a quo a un momento in cui il ricorrente non conosca ancora il contenuto del provvedimento da impugnare, oltre a rendere la tutela giurisdizionale eccessivamente difficoltosa, rischia infatti di (ag)gravare le parti con oneri economici insostenibili (e in ipotesi inutili)».

[30] Cfr. art. 40 co. 1 lett. d), del c.p.a, in ossequio al quale *"il ricorso deve contenere […] d) i motivi specifici su cui si fonda il ricorso".*

rischio di sostenere un costo, quello per l'accesso alla giustizia, che il privato avrebbe sicuramente evitato allorquando, analizzato il provvedimento, non avrebbe rinvenuto ragioni e motivi di illegittimità.

Proprio i limiti di tale ricostruzione hanno determinato l'avvento di un secondo e diverso orientamento[31], basato su una diversa lettura della piena conoscenza. Per piena conoscenza, cioè, deve intendersi non è già la mera percezione della lesività del provvedimento, ma la percezione della sua illegittimità almeno sotto un profilo. Per far scattare il dies a quo, e quindi l'onere, di impugnazione, non basta che il destinatario abbia percezione della lesività del provvedimento; il destinatario deve essere in grado di percepire almeno un motivo di illegittimità[32].

Il dies decorre, pertanto, dalla piena conoscenza della lesività del provvedimento e della sua possibilità di censurare l'atto con riguardo ad almeno un motivo di illegittimità. È sufficiente l'articolazione di un solo motivo[33]: gli eventuali ulteriori motivi di illegittimità di cui si è avuto conoscenza dopo la proposizione del ricorso principale, ad esempio attraverso un'istanza di accesso che ha consentito di estrarre copia e percepire altri motivi di illegittimità, potranno essere fatti valere attraverso il ricorso per motivi aggiunti.

---

31 TAR Campania, Napoli, VIII, 18 gennaio 2018, n. 394, in www.lamministrativista.it, di cui si riporta di seguito la massima, «Alla luce della specialità della normativa e del carattere derogatorio del rito di cui all'art. 120, comma 2-bis c.p.a. anche il criterio della "piena conoscenza" degli atti acquisita tramite la mera presenza del rappresentante dell'impresa alla seduta di gara pubblica in cui sono disposte le ammissioni alla gara deve essere applicato in modo restrittivo, in quanto lo stesso non assicura, di per sé, un'effettiva e completa conoscenza di tutti gli aspetti di lesività e illegittimità degli stessi atti, sicché il termine per impugnare le ammissioni decorre dalla suddetta seduta nei soli casi in cui, dagli elementi emersi durante la stessa, si evinca che il ricorrente, principale o incidentale, dovesse essere, sin da tale momento, pienamente consapevole dei profili di illegittimità contestabili in giudizio». Per un approccio storico al problema si veda anche A. M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, Morano Editore, 1963, 242 ss. L'A. evidenziava che l'art. 36 TU del Consiglio di Stato non equiparava alla notificazione una "qualsiasi conoscenza" dell'atto da impugnare, ma una conoscenza "piena" sottolineando che coerentemente l'art. 6 Regolamento di procedura davanti al Consiglio di Stato onerava l'interessato non solo ad impugnare i provvedimenti ritenuti lesivi nei termini, ma anche ad indicare i "motivi su cui si fonda il ricorso". Alla luce del dato normativo, l'A. sottolineava che «il legislatore ha voluto che la decadenza per decorso del termine, dalla possibilità di proporre il ricorso, si verifichi solo in quanto, conoscendo l'atto in misura sufficiente per individuare anche i difetti incidenti nel campo della propria sferra giuridica, l'interessato abbia lasciato trascorrere inutilmente il termine fatale». Successivamente, analoga previsione rispetto a quella inserita nell'art. 36 del citato T.U. venne riprodotta dapprima nell'art. 21, co. 1 della l. TAR (n. 1034 del 1971) e successivamente inserita anche nell'art. 41, comma 2, c.p.a.

32 S. Raimondi, *La piena conoscenza ai fini del termine per ricorrere*, cit. «ai fini della decorrenza del termine non è necessario che l'interessato abbia una conoscenza completa dell'atto, ma è necessario che sia posto in grado di compiere una ponderata valutazione circa l'opportunità di presentare un ricorso che non deve essere proposto solo a scopo cautelativo. All'uopo è sufficiente che egli sia in grado di percepire almeno una ragione di illegittimità dell'atto». Si veda anche S. Tranquilli, *Prime riflessioni a margine di alcune recenti oscillazioni giurisprudenziali sull'individuazione del dies a quo,* cit. L'A., in accordo con la recente giurisprudenza avverte che «l'obbligo di una comunicazione completa non dovrebbe comunque spingersi (…) fino a divenire un gravoso onere formale addossato alla stazione appaltante, dovendosi tener presente che la sua funzione non è di favorire il destinatario nella ricerca di tutti i possibili e non predeterminabili motivi di eventuale illegittimità della gara, rimanendo onere della parte interessata quello di attivarsi a seguito della intervenuta conoscenza dell'aggiudicazione e della relativa motivazione, eventualmente mediante l'accesso agli atti».

33 Cfr M.A. Sandulli, *Il tempo del processo quale bene della vita*, in www.federalismi.it, 2014, 18, 12, laddove l'A. evidenzia che il «valore del tempo per percepire e valutare la lesione derivante da un atto deputato alla tutela di interessi pubblici e predisporre un'adeguata azione giurisdizionale per ottenerne l'annullamento (e, laddove occorra, la sospensione), e, all'inverso, per reagire alle avverse azioni giurisdizionali, seppure concordemente considerato recessivo rispetto a quello della certezza e della stabilità dell'assetto degli interessi pubblici, assunta a parametro di competitività del Paese, non deve essere, almeno teoricamente, costretto entro confini manifestamente inaccettabili».

3. Conoscenza, comunicazione e pubblicazione nella particolare materia degli appalti: il problema del dies a quo dell'impugnazione sotto la vigenza del vecchio codice degli appalti.

Come anticipato, l'art. 41 c.p.a. individua, in termini generali, il momento a partire dal quale inizia a decorre il termine di decadenza previsto per le singole azioni. La norma, che come detto ha una valenza generale, trova un suo corrispondente, nel particolare settore degli appalti, nell'art. 120 co. 5 c.p.a.; quest'ultima individua il momento a partire dal quale decorrono i termini per impugnare gli atti delle procedure di appalto[34].

In particolare, la norma individua tre diverse regole a seconda del tipo di atto: il ricorso principale, incidentale e per motivi aggiunti devono essere proposti entro 30 giorni dalla comunicazione di cui all'art. 79 del d.lgs.163/2006; i bandi e gli avvisi di indizione di una gara, autonomamente lesivi, devono essere impugnati dalla pubblicazione di cui all'art. 66 co. 8 del d.lgs. 163/2006; in ogni altro caso, la decorrenza del termine per impugnare discende dalla effettiva conoscenza dell'atto.

A ben vedere, la norma richiama, nell'enunciazione delle tre diverse regole poste a presidio della decorrenza del termine per l'impugnazione, sia il momento della conoscenza, sia il momento della comunicazione, sia il momento della pubblicazione: a seconda dell'atto presuntivamente illegittimo o comunque lesivo del privato, avrà rilevanza ora la conoscenza ora la comunicazione ora la pubblicazione ai fini dell'individuazione di una data oggettivamente riscontrabile.

Malgrado l'apparente chiarezza, la norma ha scatenato alterne interpretazioni già durante la vigenza del vecchio codice degli appalti, il d.lgs. 163/2006, oggi ancora richiamato (nonostante la sua abrogazione) dall'art. 120 co. 5, soprattutto con riguardo all'aggiudicazione della gara.

La norma, infatti, a fronte dell'avvenuta aggiudicazione, consente la proposizione del ricorso nel termine di trenta giorni decorrenti dal momento in cui vengono comunicate le informazioni circa la mancata aggiudicazione; ma non tiene in debito conto che non sempre la sola comunicazione della mancata aggiudicazione permette l'espletamento del diritto di difesa.

La comunicazione ex art 79 d.lgs. 163/2006, infatti, può contenere la semplice enunciazione della mancata aggiudicazione così come può dettagliare le ragioni di tale mancata aggiudicazione. Ai fini dell'espletamento del diritto di difesa, è evidente come sia imprescindibile conoscere le ragioni sottese

[34] La ratio sottesa al termine abbreviato è quella di accelerare i tempi del giudizio e della definizione delle controversie. Tale esigenza è perseguita attraverso strumenti diretti alla pretesa semplificazione del processo e alla deflazione del contenzioso. Come sottolinea M.A. Sandulli, *Il rito speciale in materia di appalti pubblici,* in Federalismi.it, n. 8/2016, «Tradizionalmente, infatti, tale settore si caratterizza per la difficoltà di trovare un equo contemperamento tra l'esigenza, economica e funzionale, che le prestazioni richieste dalle pp.aa. (e dai soggetti ad esse equiparati) siano sollecitamente rese e quella, morale e giuridica, che il relativo affidamento sia improntato al massimo rispetto della legalità, a tutela delle regole di contabilità pubblica e di garanzia della concorrenza e degli altri interessi di volta in volta individuati dall'ordinamento».

all'esclusione: solo così, infatti, l'impresa che è stata esclusa potrà superare la c.d. prova di resistenza[35] e dimostrare l'esistenza di una utilità alla presentazione di quel ricorso, sì da non essere tacciato di inammissibilità. Tale ragione spiega la prassi delle imprese di richiedere l'accesso agli atti di gara, all'aggiudicazione, all'offerta dell'impresa aggiudicataria e ai verbali di gara.

Si ripropone, invero, il dibattito giurisprudenziale *supra* ricordato[36] con il conseguente rischio del ricorso c.d. "al buio". In particolare, un primo orientamento della giurisprudenza[37] sosteneva che a fronte dell'avvenuta comunicazione ai sensi dell'art. 79 del vecchio codice bisognava distinguere a seconda che la comunicazione fosse stata o meno dettagliata.

Nel primo caso, quando cioè la comunicazione fosse stata dettagliata, il ricorso sicuramente doveva essere proposto nel termine di trenta giorni decorrenti dalla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione ai sensi dell'art. 79 d.lgs. n. 163/2006, salva la possibilità di presentare ricorso per motivi aggiunti qualora fossero emersi successivamente ulteriori elementi di criticità.

Nel secondo caso, quando cioè la comunicazione non fosse stata dettagliata ovvero qualora dalla stessa non potevano evincersi adeguatamente le doglianze da presentare in sede giurisdizionale, il termine di impugnazione di trenta giorni doveva iniziare a decorrere non dalla mera comunicazione, ma dalla concreta scoperta del vizio; il termine di impugnazione doveva cioè tener conto della necessità dell'interessato di conoscere gli elementi tecnici dell'offerta dell'aggiudicatario e, in generale, gli atti della procedura di gara per poter apprezzare compiutamente le ragioni di preferenza della stazione appaltante e verificare la sussistenza di eventuali vizi del suo operato.

La predetta distinzione, secondo questo orientamento, impattava anche sulla disciplina dell'accesso agli atti della procedura di gara, disciplinata ad hoc dall'art. 79 co. 5 quater del d.lgs. n. 163/2006. La norma, infatti, consentiva l'accesso entro dieci giorni dalla comunicazione mediante visione ed estrazione di copia, senza necessità di una apposita istanza formale (c.d. accesso informale). Sicché, stante la possibilità per l'impresa non aggiudicataria di esperire l'accesso informale, si riteneva che il termine per l'impugnazione dovesse essere incrementato di un numero di giorni (massimo dieci) pari a quelli necessari

---

[35] Per "prova di resistenza" si intende la prova che «in relazione alle specifiche censure dedotte, l'accoglimento del ricorso arrecherebbe una qualche utilità, giuridicamente apprezzabile nella sfera del ricorrente. Diversamente, infatti, il ricorso andrebbe dichiarato inammissibile per carenza di interesse, in quanto inidoneo a consentire il raggiungimento da parte del ricorrente del bene della vita (nel caso di specie aggiudicazione del contratto), cui esso aspira»; così si esprime G. Befani, *È inammissibile il ricorso che non supera la "prova di resistenza",* 18 novembre 2016, all'indirizzo http://lamministrativista.it/articoli/news/inammissibile-il-ricorso-che-non-supera-la-prova-di-resistenza#:~:text=%E2%80%9Cprova%20di%20resistenza%E2%80%9D%2C%20ovverosia,apprezzabile%20nella%20sfera%20del%20ricorrente., visitato il 14/09/2020.

[36] Si veda il par. 2.1 del presente lavoro.

[37] Si veda ex multis: Cons. Stato, sez. V., n. 3675 del 26 luglio 2017; sez. V, n. 1953 del 27 aprile 2017; sez V n. 4916 del 26 novembre 2016; Cons. giust. Amm. Sicilia, sez. giurisd. N. 274 del 8 giugno 2017.

per avere piena conoscenza e contezza dell'atto e dei relativi profili di illegittimità, ove, appunto, questi non fosse *ictu oculi* desumibili dalla comunicazione dell'aggiudicazione[38].

È stato poi precisato[39] che qualora, invece, la stazione appaltante avesse illecitamente realizzato dei comportamenti ostruzionistici e dilatori, il termine iniziava a decorrere dalla data in cui l'accesso veniva effettivamente consentito, con conseguente persistenza del potere di impugnare. Viceversa, se la comunicazione ex art. 79 sulla mancata aggiudicazione fosse stata completa in punto di motivazione e determinazioni della PA, tale da consentire l'espletamento del diritto di difesa, il termine per l'impugnazione iniziava a decorrere dal momento dell'avvenuta comunicazione, salva la possibilità di presentare ricorso per motivi aggiunti qualora fossero emersi successivamente ulteriori elementi di criticità.

Un contrapposto orientamento[40], invece, più rigido, riteneva che il termine per l'impugnazione dovesse decorrere dall'avvenuta comunicazione ex art. 79 del d.lgs. n. 163/2006 a prescindere dalla completezza o meno della suddetta comunicazione: non rilevava la differenza tra momento dell'avvenuta comunicazione e momento della scoperta del vizio. Il termine, cioè, decorreva sempre dalla ricezione della comunicazione o in mancanza dalla conoscenza *aliunde* dell'atto; l'eventuale conoscenza di vizi dell'aggiudicazione successivi alla comunicazione consentirebbe, al più, la proposizione di soli motivi aggiunti.

Del resto, si sosteneva, la distinzione tra vizi evincibili dal provvedimento comunicato, per il quale il dies a quo avrebbe decorrenza dalla comunicazione dell'aggiudicazione, e gli altri vizi *aliunde* percepibili, per i quali il termine di impugnazione sarebbe temporalmente dilatato e posposto, non avrebbe riscontro nel diritto positivo.

4. Il problema dell'individuazione del dies a quo dell'impugnazione alla luce del nuovo codice degli appalti pubblici (d.lgs. n. 50/2016). La rimessione all'Adunanza Plenaria.

Il quadro normativo, che aveva legittimato l'emersione di tali orientamenti, è tuttavia profondamente cambiato con l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, approvato con il d.lgs. n. 50/2016. Tale codice non ha testualmente modificato il dettato dell'art. 120 co. 5 del c.p.a., ma ha creato una doppia interferenza.

[38] In questo senso si veda, ex multis, Cons. Stato, sez. III, n. 4432 del 28 agosto 2014; sez. V, n. 864 del 10 febbraio 2015; sez. V, n. 718 del 5 febbraio 2018.

[39] Ex multis Cons. Stato, sez. III, n. 3308 del 22 luglio 2016; sez. V, n. 4144 del 7 settembre 2015.

[40] In questo senso si veda Cons. Stato, sez. V, n. 381 del 2 aprile 1996, sez. IV n. 3298 del 21 maggio 2004, richiamate poi da Cons. Stato, sez. V, n. 7384 del 28 ottobre 2019; sez. IV n. 856 del 23 febbraio 2015.

La prima interferenza è rinvenibile nella mancanza di coordinamento normativo. Infatti, l'art. 217 del secondo codice ha sì abrogato il d.lgs. 163/2006, e con esso anche l'art. 79, ma non ha modificato il richiamo che l'art. 120 co. 5. fa allo stesso art. 79. Il 120 co. 5 c.p.a. richiama cioè una norma che, a partire dal 2016, non esiste più nello scenario normativo[41].

La seconda interferenza, invece, è da riscontrare nell'analisi sistematica delle norme concernenti la conoscenza e la pubblicazione degli atti di gara per come introdotte dal nuovo codice appalti. Infatti gli articoli 29 e 76 del nuovo codice contengono disposizioni ben diverse rispetto a quelle contenute nell'art. 79 del vecchio codice che, in virtù del richiamo esistente nell'art. 120 co. 5 c.p.a., avevano anche la funzione di delimitare il perimetro applicativo dello stesso art. 120 sulla corretta individuazione del dies a quo per l'impugnazione degli atti di gara.

Nello specifico l'art. 29 del nuovo codice degli appalti, in applicazione del principio di trasparenza, ha disposto che tutti gli atti del procedimento devono essere pubblicati e aggiornati nella sezione "Amministrazione trasparente" della stazione appaltante, aggiungendo che «fatti salvi gli atti a cui si applica l'art. 73 co. 5, i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione ricorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente».

Per contro, il vigente art. 76 ha disposto, in capo all'amministrazione aggiudicatrice, un generico onere di informazione tempestiva di tutte le decisioni adottate nell'ambito della procedura di gara, ivi compresi i motivi sottesi al relativo provvedimento, nonché un obbligo di comunicazione immediata e d'ufficio, o comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, di tutte quelle decisioni adottate che possano involgere la partecipazione alla gara dei concorrenti, quali il provvedimento di aggiudicazione, il provvedimento di esclusione, la data di stipula del contratto con aggiudicazione, la decisione della PA di non aggiudicare l'appalto. Preme, inoltre, rilevare che l'art. 76 prevede l'obbligo di comunicazione immediata, e comunque in un termine non superiore a quindici giorni, di quei provvedimenti che lo stesso offerente richiede a proprio interesse, quale ad esempio, i motivi del rigetto della propria offerta.

Lo scenario normativo composito, pur avendo avuto il pregio di introdurre disposizioni rilevanti in punto di trasparenza e pubblicazione[42], non ha sopito il dibattito intorno alla corretta individuazione del dies a

---

[41] Art. 217 co. 1 d.lgs. 50/2016: "Fermo restando quanto previsto dall'art. 216, a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente codice, sono o restano abrogati in particolare: (…) e) il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163".

[42] L'occasione è utile per ricordare come il principio di trasparenza, oltre ad essere principio fondante l'attività amministrativa ex art. 1 l. 241/90 e oltre a costituire livello essenziale delle prestazioni erogate dalla PA ai sensi del 117 co. 2 lett. m) Cost., si presta senza dubbio ad essere principio cardine ed informatore soprattutto di un settore, quale quello degli appalti pubblici, che più di ogni altro avverte il pericolo della corruzione e delle infiltrazioni mafiose. In particolare, proprio con riguardo alle ultime riforme in tema di corruzione, si è sottolineato come le novità legislative abbiano avuto il pregio di predisporre strumenti che «se ben declinati, potranno portare effettiva trasparenza e efficienza in un mercato non immune da vischiosità burocratica e illegalità». Si veda al riguardo R. Rolli, D. Sammarro, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: l'ANAC e l'Uomo di Vitruvio,* in giustamm.it, n. 4/2016. Sulla pervasività della trasparenza nel sistema amministrativo e, in particolare, in relazione ai fenomeni corruttivi di veda R. Rolli e N. Posteraro, *Anticorruzione e misure sanzionatorie: legge 190/2012 e d.d.l. Grasso,* in dirittoamministrativo.it, 2013 «Nel suo complesso, l'impianto legislativo attraverso la trasparenza è volto a contrastare in via amministrativa fenomeni corruttela ed a reprimerli con sanzioni penali: essa costituisce un concreto segnale tenacia in un momento storico pervaso da forte crisi valori e ideali». In particolare, gli A.A. sottolineano come «(…) la trasparenza assurge

quo dell'impugnazione dell'aggiudicazione. I due precedenti orientamenti giurisprudenziali *supra* ricordati, infatti, hanno trovato cittadinanza anche a fronte delle modifiche normative, soprattutto a causa del mancato coordinamento dell'art. 120 co. 5 con la nuova disciplina codicistica.

Infatti, come già anticipato, l'art. 120 al co. 5 richiama espressamente disposizioni del vecchio codice che, tuttavia, risultano abrogate.

Sicché, una parte della giurisprudenza[43] ha confermato quell'orientamento che sosteneva la decorrenza del termine per impugnare in ogni caso dalla ricezione della comunicazione dell'aggiudicazione, ovvero in mancanza, dalla conoscenza dell'aggiudicazione che l'interessato abbia acquisito aliunde: nonostante il richiamo che l'art. 120 co. 5 fa all'art. 79, stante l'abrogazione dello stesso art. 79 ad opera del nuovo codice, viene meno la differenza tra vizi desumibili dall'atto, per i quali il dies a quo decorrerebbe dal giorno della comunicazione, e vizi percepibili aliunde, per i quali il dies a quo decorrerebbe dal giorno dell'effettiva conoscenza, consentendo quindi la proposizione di motivi aggiunti. Il mancato coordinamento tra il 120 co. 5 e il nuovo codice è, secondo questo orientamento, privo di risvolti pratici, una mera disattenzione stilistica del legislatore.

Altra parte della giurisprudenza[44], invece, ha avvalorato il primo orientamento diffusosi ante d.lgs. 50/2016 e ha inteso il richiamo che il 120 co. 5 fa all'art. 79 non già come un dato superfluo, ma come un implicito richiamo alla nuova norma in cui è stato trasfuso il contenuto dell'art. 79, cioè il nuovo articolo 76 del d.lgs. 50/2016. Il rinvio interno deve cioè essere adeguato all'evoluzione normativa, dovendosi intendere come una sorte di rinvio mobile, comprensivo quindi anche delle modifiche normative successivamente intervenute. Con la conseguenza che il dies a quo avrebbe dovuto decorrere dalla comunicazione ex art. 79 (*rectius* art. 76 d.lgs. 50/2016) qualora la stessa fosse stata idonea a mettere in luce le ragioni di preferenza dell'offerta dell'aggiudicatario; qualora invece si fosse reso necessario l'accesso alle informazioni per cogliere le ragioni sottese all'aggiudicazione, il termine di trenta giorni per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione avrebbe dovuto essere incrementato di un numero di giorni pari a quelli necessari per ottenere la conoscenza dell'atto, oggi fino ad un massimo di quindici giorni (proprio perché l'art. 76 individua il termine di quindici giorni come limite massimo entro cui la SA può fornire le informazioni richieste). Infine, se l'amministrazione avesse fraudolentemente rifiutato l'accesso ovvero avesse tenuto comportamenti dilatori, il termine per l'impugnazione avrebbe dovuto decorrere dalla data in cui l'accesso era stato consentito.

---

a vero e proprio bene giuridico e la legge anticorruzione appresta una variegata serie di misure idonee ad assicurarne la concreta effettività». Così anche B. Bevilacqua, *Le misure sanzionatorie amministrative e penali della legge anticorruzione (L. 6 novembre 2012, n. 190)*, in *penalecontemporaneo.it*, 2013.

[43] Ex multis, Cons. Stato, V, 28 ottobre 2019, n. 7384; sez. IV, 23 febbraio 2015, n. 856; V, 20 gennaio 2015, n. 143, le quali si rifanno all'orientamento invalso prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo e del quale sono espressione Cons. Stato, sez. IV, 21 maggio 2004, n. 3298; V, 2 aprile 1996, n. 381; V, 4 ottobre 1994, n. 1120; Cons. giust. amm. Sicilia sez giuris. 20 aprile 1998, n. 261.

[44] Ex multis, cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 2019 n. 3879; sez. V, 27 novembre 2018 n. 6725; sez. V, 20 settembre 2019, n. 6251; sez. V, 2 settembre 2019 n. 6064; sez. V, 13 agosto 2019 n. 5717; sez. III 6 marzo 2019, n. 1540.

Il contrasto giurisprudenziale ha determinato la rimessione della problematica alla decisione dell'Adunanza Plenaria. In particolare, l'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato n. 2215 del 2 aprile 2020, richiede al Supremo Consesso di analizzare le seguenti questioni:

> «a) se il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione possa decorrere di norma dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell'art. 29 del D. Lgs. n. 50 del 2016; b) se le informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del D. Lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati ovvero per accertarne altri consentano la sola proposizione dei motivi aggiunti, eccettuata l'ipotesi da considerare patologica – con le ovvie conseguenze anche ai soli fini di eventuali responsabilità erariale – della omessa o incompleta pubblicazione prevista dal già citato articolo 29; c) se la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara non sia giammai idonea a far slittare il termine per la impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, che decorre dalla pubblicazione ex art. 29 ovvero negli altri casi patologici dalla comunicazione ex art. 76, e legittima soltanto la eventuale proposizione dei motivi aggiunti, ovvero se essa comporti la dilazione temporale almeno con particolare riferimento al caso in cui le ragioni di doglianza siano tratte dalla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero dalle giustificazioni da questi rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta; d) se dal punto di vista sistematico la previsione dell'art. 120, comma 5, c.p.a. che fa decorrere il termine per l'impugnazione degli atti di gara, in particolare dell'aggiudicazione dalla comunicazione individuale (ex art. 78 del D. Lgs. n. 50 del 2018) ovvero dalla conoscenza comunque acquisita del provvedimento, debba intendersi nel senso che essa indica due modi (di conoscenza) e due momenti (di decorrenza) del tutto equivalenti ed equipollenti tra di loro, senza che la comunicazione individuale possa ritenersi modalità principale e prevalente e la conoscenza aliunde modalità secondaria o subordinata e meramente complementare; e) se in ogni caso, con riferimento a quanto considerato in precedenza sub d), la pubblicazione degli atti di gara ex art. 29 del D. Lgs. n. 50 del 2016 debba considerarsi rientrante in quelle modalità di conoscenza aliunde; f) se idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione debbano considerare quelle forme di comunicazione e pubblicità individuate nella lex specialis di gara e accettate dagli operatori economici ai fini della stessa partecipazione alla procedura di gara».

4.1. Analisi della pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 12/2020.

La materia degli appalti è materia che assume una fondamentale rilevanza non solo per l'economia nazionale, essendo il principale strumento di attivazione dei circuiti economici del paese[45], sia in termini monetari sia, e soprattutto, in termini di benefici sociali e umani; ma è una materia la cui disciplina, proprio per l'impatto economico riscontrabile, è stata sempre tendenzialmente monopolizzata dagli organi europei[46]. Sicché, anche la specifica problematica del corretto inquadramento della decorrenza del termine di impugnazione merita di essere affrontata alla luce delle direttive, normative e giurisprudenziali, dell'Unione europea. Ed è proprio questo il punto di partenza della risposta fornita dall'Adunanza Plenaria.

In particolare, normativamente, l'art. 2 quater della direttiva n. 665/1989 prevede che il termine per la proposizione del ricorso decorra dal giorno successivo alla data in cui la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice è stata inviata al partecipante alla gara, accompagnata da una relazione sintetica dei motivi. La normativa europea cristallizza nel giorno successivo alla comunicazione della decisione il momento da cui far decorrere il termine per l'impugnazione; si riconosce in tale evento una data – per usare le stesse parole della CGUE – oggettivamente riscontrabile[47].

Invero, proprio la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha evidenziato che i ricorsi avverso gli atti delle procedure di gara sono efficaci solo se «i termini imposti per proporre tali ricorsi comincino a decorrere

---

[45] G. Mele, (coordinato da) I. Cipolletta, S. Micossi, G. Nardozzi, *Appalti pubblici e concorrenza,* in Progetto Concorrenza di Confindustria, Centro studi Confindustria, http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/PAPE/PAPER_7B.pdf «Gli appalti pubblici (o public procurement) rappresentano lo strumento attraverso il quale un ente pubblico, in senso lato, acquisisce dal mercato beni e prestazioni da destinare, direttamente o indirettamente, al soddisfacimento dei bisogni della collettività; sul piano della politica economica, essi svolgono una rilevante funzione, connessa alla quantità e alla qualità delle risorse pubbliche impiegate a tale scopo […] In effetti, la dimensione del public procurement nelle economie nazionali ed europea risulta particolarmente cospicua2. Negli ultimi anni (1995-2003), il loro valore in rapporto al PIL è stato mediamente di poco superiore al 16% nell'UE a 15 e nel 2003 è stimabile in circa 1.525 miliardi di euro (16,2% del PIL). Nel periodo considerato, a livello comunitario si è verificato un andamento inizialmente discendente, durato fino al 2000 (con il 15,6% sul PIL, rispetto al 17% del 1995), per poi manifestare una costante tendenza alla ripresa e alla stabilizzazione intorno ai valori medi annui rilevati sull'intero periodo. […] Si tratta, quindi, di dimensioni economiche molto rilevanti, sulle quali l'interesse europeo ad una comune visione, sul piano della politica economica e dell'integrazione, riguarda almeno due importanti obiettivi: l'efficienza della spesa pubblica (anche ai fini della convergenza e della stabilità delle finanze pubbliche) e l'ampliamento del mercato interno».

[46] Si riportano le conclusioni rassegnate *dall'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona* nella Causa C-171/15 ("Connexxion Taxi Services BV") laddove ha affermato che: «65. In materia di appalti pubblici si avverte la stessa tendenza che possiamo osservare in altre aree del diritto pubblico europeo: se la Corte di giustizia, inizialmente, si limitava a rinviare all'autonomia processuale degli Stati membri e di utilizzare, come correttivo, i principi di equivalenza e di effettività, quali requisiti minimi imposti ai sistemi nazionali di controllo giurisdizionale nelle controversie riguardanti il diritto dell'Unione, a poco a poco le esigenze inerenti alla tutela o «protezione giudiziaria» si stanno imponendo, perché, parallelamente, aumenti l'intensità di tale controllo. 66. Tale tendenza, come è logico, è più accentuata nei settori in cui il legislatore dell'Unione ha adottato norme di armonizzazione proprio in relazione al controllo giurisdizionale di determinate decisioni delle autorità nazionali. Ciò avviene, in particolare, nell'ambito degli appalti pubblici, poiché la direttiva 89/665, con le sue successive modificazioni, ha espresso la consapevolezza che la normativa comunitaria sarebbe rimasta «lettera morta» senza la previsione di meccanismi di ricorso non solo armonizzati, ma anche effettivi, attraverso i quali venga salvaguardata l'osservanza delle norme applicabili. Tali meccanismi hanno lo scopo non soltanto di tutelare i diritti degli offerenti, ma anche di migliorare il sistema degli appalti pubblici nel suo insieme, la cui rilevanza economica per il mercato interno va sempre sottolineata».

[47] Cons. Stato, A.P., n. 12/2020, punto 28.1. – 28.2.

dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione», sottolineando peraltro che la possibilità di proporre motivi aggiunti «non costituisce sempre un'alternativa di tutela valida effettiva[48]».

Sempre la Corte di Giustizia[49], in tema di compatibilità con i principi euro-unitari del rito super-accelerato ex art. 120, co. 2 bis c.p.a., ha osservato che «la fissazione di termini di ricorso a pena di decadenza consentono di realizzare l'obiettivo di celerità perseguito dalla direttiva 89/665» aggiungendo che tale obiettivo può essere conseguito «solo se i termini prescritti […] iniziano a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente abbia avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza dell'asserita violazione di disposizioni. […] Gli stati membri hanno di istituire un sistema di termini di decadenza sufficientemente preciso, chiaro e prevedibile, onde consentire ai singoli di conoscere i loro diritti e obblighi», nonché permettere un effettivo controllo giurisdizionale.

Da quanto riportato, è evidente che la normativa UE non considera negativamente l'esistenza di un termine di decadenza[50]; lo prevede, lo ammette. È tuttavia necessario che lo stesso costituisca un sistema sufficientemente preciso, chiaro e prevedibile, tale da palesarsi come oggettivamente percepibile. E allora, rilevanza fondamentale assume proprio la conoscenza: i termini iniziano a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente è venuto effettivamente a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione, perché è questo il momento in cui obiettivamente il soggetto può riscontrare un'illegittimità e agire per vedersi tutelare i propri diritti.

Richiamata la normativa e della giurisprudenza unionale, l'Adunanza Plenaria si sofferma sulla ricerca nel tessuto normativo interno di quella «data oggettivamente riscontrabile[51]» da cui far decorrere il termine di impugnazione.

Il quadro normativo di partenza, si è già avuto modo di sottolineare, è composito: vengono in rilievo sicuramente le norme specifiche in materia di appalto, e quindi l'art. 120 co. 5 c.p.a. – in uno con il rinvio

---

48 Corte di giust. eur., sez. V, 8 maggio 2014, causa C – 161/13.

49 Corte di giust. eur., sez. IV, 14 febbraio 2019, causa C – 54/18.

50 M.A. Sandulli, *Il rito speciale in materia di appalti pubblici*, cit. «(…) la Corte di Giustizia UE ha espressamente affrontato il problema della compatibilità col diritto dell'Unione delle disposizioni interne che prevedono termini di decadenza dell'impugnazione degli atti di gara (sentenze Universale-Bau 12 dicembre 2012 in C-470/99 e Santex, 27 febbraio 2003, in C-327/00) ma, pur escludendo la sussistenza in linea assoluta di tale incompatibilità, ha sottolineato che la previsione di termini di decadenza non deve impedire al giudice nazionale di valutare se, nelle singole fattispecie, il comportamento delle SS.AA. non sia stato tale da precludere una tutela effettiva (come evidentemente sarebbe, la mancata ostensione della documentazione sottesa ai provvedimenti suscettibili di impugnazione e la mancata esternazione dei motivi che li hanno giustificati), imponendosi in questo caso la disapplicazione del termine decadenziale. Si ricordano in proposito le sentenze CGUE, sez.V, 8 maggio 2014, causa C – 161/13 e Uniplex, UK, Ltd, CGUE Sez. III, 28 gennaio 2010, C-406/08, espressamente nel senso che "ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione di appalti pubblici possono essere garantiti soltanto se i termini imposti per proporre tali ricordi comincino a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza, o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione di dette disposizioni"».

51 In particolare al punto 28.3, Cons. Stato, A.P., n. 12/2020 cit., il Supremo consesso ritiene indispensabile che anche la normativa nazionale sia interpretata nel senso che «il termine di impugnazione degli atti di una procedura di una gara di appalto non può che decorrere da una data ancorata all'effettuazione delle specifiche formalità informative di competenza della Amministrazione aggiudicatrice, dovendosi comunque tenere conto anche di quando l'impresa avrebbe potuto avere conoscenza degli atti, con una condotta ispirata all'ordinaria diligenza».

interno ad una norma per vero abrogata (l'art. 79 del vecchio codice[52]) – e l'art. 76 del d.lgs. n. 50/2016 sulle informazioni da fornire ai concorrenti; nonché le norme generali e i principi da esse desumibili, e quindi l'art. 29 del d.lgs. 50/2016 e l'art. 41 del c.p.a.

Innanzitutto, l'Adunanza Plenaria, pur rilevato il mancato coordinamento riscontrabile dalla piana lettura dell'art. 120 co. 5 c.p.a., sottolinea che, sotto la vigenza del vecchio codice, era possibile rinvenire una data oggettivamente riscontrabile, da individuare «in considerazione degli incombenti formali cui è tenuta ex lege l'amministrazione aggiudicatrice e del rispetto della regola della diligenza cui è tenuta l'impresa interessata[53]». In sede di emanazione del secondo codice, invero, non vi è stata la volontà di modificare la regola speciale codificata dall'art. 120 c.p.a. giacché, mantenendo il riferimento che la norma fa all'art. 79 del primo codice, si è voluto continuare a dare rilievo decisivo agli incombenti formali informativi cui è tenuta l'amministrazione aggiudicatrice.

E allora, alla luce della *voluntas legislatoris* (per quanto non palesemente espressa), «il riferimento alla formalità prevista dall'art. 79 del primo codice deve ora intendersi effettuato alle formalità previste dall'art. 76 del secondo codice[54]». In sostanza, l'Adunanza Plenaria ritiene che il rinvio debba essere interpretato nel senso che possa arrecare una utilità alla norma e permettere una tutela effettiva: è evidente un deficit di coordinamento nella disciplina, ma solo il legislatore potrà ricondurlo a sistema con una interpolazione normativa, nell'espletamento del proprio discrezionale potere legislativo[55]. Perciò, il 120 co. 5, nella parte in cui rinvia all'art. 79 del primo codice ai fini della determinazione del dies a quo dell'impugnazione, in realtà rinvia al nuovo art. 76 del secondo codice.

Tale interpretazione, invero, non sopisce i termini della questione: infatti l'art. 76 del nuovo codice non ripropone pedissequamente il contenuto del vecchio art. 79, non essendo stata trasfusa nel secondo

---

[52] Stante l'esistenza di difetto di coordinamento, l'Adunanza Plenaria nella decisione in commento si premura di applicare il meccanismo dell'art. 58 del R.D. n. 444/1942, al fine di trasmettere la decisione alla Presidenza del Consiglio dei Ministri «per la doverosa segnalazione di tale mancato coordinamento, 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» (cfr. Cons. Stato, A.P., n. 12/2020, punto 21).

[53] Cons. Stato, A.P., n. 12/2020 cit., punto 23.

[54] Cons. Stato, A.P., n. 12/2020 cit., *ibidem.*

[55] Tale conclusione rappresenta il logico precipitato del principio di separazione dei poteri che anima, in generale, il rapporto tra potere giudiziario e potere legislativo: il giudice può intervenire e sindacare le norme purché tale sindacato non si estrinsechi in una rimodulazione delle scelte operate dal legislatore e di sua esclusiva spettanza. Esemplificative sul punto sono le sentenze monito della Corte Costituzionale, sebbene afferenti ad una materia diversa dal presente campo di indagine (cioè la materia penale). Da ultimo si veda Corte Cost., sentenza n. 179/2017, in materia di stupefacenti. In particolare, con esplicito riferimento all'art. 73 t.u. stup., la Corte dichiara di non potersi sottrarre alla verifica sulla ragionevolezza e proporzionalità della misura della pena, ma – allo stesso tempo – di non poter decidere arbitrariamente quale sia quella preferibile tra le tante soluzioni costituzionalmente accettabili. Al tempo stesso i giudici inviano però un chiaro monito al legislatore: «in assenza di una univoca indicazione legislativa già disponibile nel sistema giuridico, questa Corte reputa necessario, nel rispetto delle reciproche competenze istituzionali, richiamare prioritariamente il legislatore alla propria responsabilità, affinché la misura della pena sia riportata in armonia con i principi costituzionali per via legislativa, scegliendo una tra le molteplici opzioni sanzionatorie tutte ugualmente legittime e alternative a quella censurata. In mancanza di un intervento del legislatore, la Corte sarebbe però successivamente obbligata a intervenire, non mai in malam partem, e comunque nei limiti già tracciati dalla sua giurisprudenza». Per una ricostruzione della vicenda si veda C. Bray, *La Corte Costituzionale salva la pena minima (di 8 anni di reclusione) per il traffico di droghe 'pesanti' ma invia un severo monito al legislatore,* in penalecontemporano.it, fasc. n.11/2017.

codice la disposizione sull'accesso informale, previsto invece dall'art. 79, comma 5 quater, del vecchio codice. Tuttavia, ritiene l'Adunanza Plenaria, «rilevano le disposizioni generali sull'accesso informale previste dall'art. 5 del regolamento approvato con il D.P.R. N. 184/2006[56]» che sono divenute applicabili proprio a seguito dell'abrogazione delle disposizioni speciali sull'accesso c.d. informale.

È possibile, quindi, giungere ad una prima risultanza: accedendo al primo orientamento diffusosi ante d.lgs. 50/2016[57] (cui effettivamente l'Adunanza Plenaria dichiara di accedere), il rinvio del 120 co. 5 c.p.a. deve essere adeguato alla nuova normativa e quindi letto alla luce dell'art. 76, non essendo possibile desumere dal tessuto normativo esistente la volontà del legislatore di modificare la regola speciale per la determinazione del dies a quo dell'impugnazione prevista per gli appalti. Inoltre, pur mancando una disciplina speciale di accesso informale, non essendo stato trasfuso nel nuovo art. 76 il vecchio co. 5 quater dell'art 79, trova applicazione comunque la disciplina generale prevista dal D.P.R. 184/2006, di talché l'amministrazione deve consentire all'impresa interessata di accedere agli atti e nel caso in cui l'amministrazione rifiuti o impedisca l'accesso con comportamenti dilatori, il termine per l'impugnazione inizia a decorrere solo da quando l'interessato abbia avuto concreta conoscenza degli atti.

Chiarita la valenza del rinvio, l'Adunanza si sofferma ulteriormente sul problema della corretta individuazione del dies a quo dell'impugnazione e, con esso, sulla perimetrazione del significato da attribuire alla piena conoscenza.

Ritiene l'Adunanza Plenaria che, nella corretta individuazione del dies a quo dell'impugnazione, non si possa prescindere dall'art. 29 d.lgs. 50/2016 e dalla ratio di trasparenza a tale norma sottesa: la norma, infatti, prevede in generale un obbligo di pubblicazione degli atti di gara e fa decorrere gli effetti degli atti dal momento della pubblicazione. Per cui, dal combinato disposto dell'art. 29 con l'art. 76 del d.lgs. n. 50/2016, emerge che se, da un lato, è vero che l'amministrazione aggiudicatrice deve informare delle determinazioni assunte in relazione all'aggiudicazione qualsiasi concorrente ai sensi dell'art. 76 d.lgs. 50/2016, è altresì vero che lo deve fare nel rispetto delle specifiche modalità di pubblicazione previste dal codice e indicate proprio dall'art. 29. La stazione appaltante, quindi, è onerata sia di dare una risposta specifica a fronte di una richiesta altrettanto specifica, ma non è per ciò solo esonerata dall'onere di pubblicazione ex art. 29. Contestualmente all'obbligo di pubblicazione in capo alla PA sorge un onere in capo al concorrente, un onere di diligenza della singola impresa tenuta a controllare e a verificare lo stato della procedura sul sito della PA, al fine di prendere immediata conoscenza di eventuali atti lesivi. In altri

[56] Cons. Stato, A.P., n. 12/2020, cit., punto 25.

[57] Secondo tale orientamento, si ricorda, il richiamo che il 120 co. 5 fa all'art. 79 va interpretato come un implicito richiamo al nuovo articolo 76 del d.lgs. 50/2016, con la conseguenza che il dies a quo decorre: dalla comunicazione ex art. 79 (*rectius* art. 76 d.lgs. 50/2016) qualora la stessa fosse stata idonea a mettere in luce le ragioni di preferenza dell'offerta dell'aggiudicatario; qualora invece si fosse reso necessario l'accesso alle informazioni per cogliere le ragioni sottese all'aggiudicazione, il termine di trenta giorni per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione avrebbe dovuto essere incrementato di un numero di giorni pari a quelli necessari per ottenere la conoscenza dell'atto, oggi fino ad un massimo di quindici giorni; infine, se l'amministrazione avesse fraudolentemente rifiutato l'accesso ovvero avesse tenuto comportamenti dilatori, il termine per l'impugnazione avrebbe dovuto decorrere dalla data in cui l'accesso era stato consentito.

termini, l'art. 76 fa riferimento al momento in cui i concorrenti sono informati delle decisioni adottate dalla stazione appaltante, nel rispetto però delle specifiche modalità di pubblicazione previste dallo stesso codice, sì da richiamare implicitamente l'art. 29.

La lettura sistematica delle norme riafferma, allora, la rilevanza della data oggettivamente riscontrabile, la cui individuazione «continua a dipendere dal rispetto delle disposizioni sulle formalità inerenti alla 'informazione' e alla 'pubblicazione' degli atti, nonché dalle iniziative dell'impresa che effettui l'accesso informale con una 'richiesta scritta', per la quale sussiste il termine di quindici giorni previsto dall'art. 76, co. 2 del secondo codice applicabile per identità di ratio anche all'accesso formale[58]».

Così ricostruito lo scenario normativo, emerge la portata dirompente della pubblicazione. È dalla pubblicazione che inizia a decorrere il termine per impugnare l'aggiudicazione, perché è da questo momento che il concorrente escluso è effettivamente nella condizione di poter riscontrare la violazione dei suoi diritti. È nella pubblicazione che si concretizza il concetto di "data oggettivamente riscontrabile" richiesta dalla giurisprudenza comunitaria come momento in cui si può affermare la piena conoscenza dell'atto. Così come è data oggettivamente riscontrabile quella in cui l'impresa fa accesso agli atti di gara: è da quel momento, in assenza di una completa motivazione sull'aggiudicazione, che il concorrente escluso può far valere l'illegittimità della sua esclusione, conoscendone le ragioni sottese.

Poiché il termine per l'impugnazione inizia a decorrere dalla data oggettivamente riscontrabile, e quindi dalla conoscenza del contenuto degli atti, non è necessaria la previa proposizione di un ricorso "al buio" e in abstracto[59]: se così fosse, l'esigenza di tutela del privato sarebbe vanificata dalla declaratoria di inammissibilità per violazione della regola sulla specificazione dei motivi di ricorso ex art. 40 co. 1, lett. d) del c.p.a.

L'Adunanza Plenaria, con la sentenza n. 12/2020, quindi, riprende l'orientamento più garantista che si era affermato sia in epoca anteriore al nuovo codice, sia successivamente, e lo coordina con i principi desumibili dall'art. 29 d.lgs. n. 50/2016. Sicché, il termine per l'impugnazione decorre in generale dalla data di pubblicazione generalizzata degli atti di gara, inclusi i verbali di gara e inclusa ovviamente l'aggiudicazione.

Qualora, però, dalla pubblicazione dell'atto non sia possibile desumere elementi idonei a radicare un giudizio prognostico di illegittimità che consenta all'impresa il superamento della prova di resistenza, e sia conseguentemente necessario richiedere l'accesso alle informazioni in possesso della PA, il termine per l'impugnazione sarà dilatato di un numero di giorni pari a quelli necessari per avere piena conoscenza dell'atto, fino ad un massimo di quindici giorni, per come desumibile dal richiamo al nuovo art. 76 che ha sostituito l'art. 79 del vecchio codice, al quale può paragonarsi stante l'identità di ratio.

[58] Cons. Stato, A.P. n. 12/2020, cit., punto 27.
[59] Cfr. Corte giust. eur. Sez. V, 8 maggio 2014, in C – 161/13 cit., punto 40.

Il termine per l'impugnazione andrebbe poi ulteriormente procrastinato nelle ipotesi in cui, a fronte di vizi non desumibili dalla mera aggiudicazione, l'impresa abbia richiesto l'accesso e la PA abbia illecitamente realizzato comportamenti ostruzionistici e dilatori: in tali casi, il termine per l'impugnazione inizierà a decorrere dalla data in cui l'accesso sarà effettivamente consentito.

In sintesi, secondo l'Adunanza Plenaria, nonostante l'improprio richiamo dell'art. 120 co. 5 c.p.a., ai fini della determinazione del termine di impugnazione rilevano in primo luogo le regole che le amministrazioni aggiudicatrici devono rispettare in tema di informazione dei candidati e degli offerenti, secondo il nuovo disposto dell' art. 76 del secondo codice; in secondo luogo rilevano le regole sull'accesso informale la cui disciplina generale è contenuta nell'art. 5 del D.P.R. n. 184/2006 esercitabile – anche quando si tratti di documenti per i quali la legge non prevede espressamente la pubblicazione – non oltre il termine di quindici giorni (cioè il termine previsto dall'art. 76, prima parte del co. 2 del secondo codice); in terzo luogo, ed in termini più generali, rilevano le regole sulla pubblicazione degli atti descritte dall'art. 29 d.lgs. 50/2016, il cui rispetto comporta la conoscenza legale di tali atti, poiché «l'impresa deve avere un comportamento diligente nel proprio interesse[60]».

L'Adunanza Plenaria, respingendo quindi l'orientamento favorevole ai c.d. ricorsi al buio, formula i seguenti principi di diritto: «a) il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016; b) le informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati ovvero per accertarne altri, consentono la proposizione non solo dei motivi aggiunti, ma anche di un ricorso principale; c) la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta; d) la pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, ex art. 29 del decreto legislativo n. 50 del 2016, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione; e) 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[61]».

[60] Cons. Stato, A.P., 12/2020 cit., punto 29.
[61] Cons. Stato, A.P., 12/2020 cit., punto 32.

5. Considerazioni conclusive

I principi di diritto enunciati dalla decisione fornita dall'Adunanza Plenaria sono senza dubbio conformi alle esigenze di celerità dei procedimenti di aggiudicazione di affidamenti di appalti pubblici, ma, al contempo, rappresentano una risposta improntata al perseguimento dell'effettività della tutela.

«Il principio di effettività della tutela ha avuto il merito di porre al centro del sistema processuale il bene della vita, ossia l'interesse sostanziale del ricorrente[62]», sì da cristallizzare la concezione sostanziale dell'interesse legittimo. Di talché il giudizio amministrativo non si traduce più in un mero sindacato sull'atto, ma in un giudizio sul rapporto, sulla pretesa sostanziale fatta valere dal privato[63].

Ebbene, la codificazione del principio nell'art. 1 c.p.a. (con una localizzazione non del tutto priva di un significato allusivo) impone al giudice amministrativo di emettere pronunce che tengano sempre conto dell'interesse concreto alla conservazione ovvero all'acquisizione del bene della vita, in ragione del quale è sorto il giudizio[64]. Proprio dal rispetto di tale imposizione sono scaturite le risultanze dell'Adunanza Plenaria nel caso della corretta identificazione del dies a quo per l'impugnazione.

Del resto, sarebbe contrario proprio al principio ex art. 1 c.p.a. richiedere la proposizione di un ricorso in abstracto contro un provvedimento di aggiudicazione di cui però non si conoscono le motivazioni, per poi riservare al solo ricorso con motivi aggiunti la chiara delineazione delle difese. L'impugnazione al buio sarebbe in netto contrasto con il disposto di cui all'art. 40 co. 1 lett. d) del c.p.a.: l'assenza dell'enunciazione dei motivi specifici di ricorso determinerebbe sempre l'inammissibilità del ricorso. Un tale approccio, pur sostenuto dalla giurisprudenza, non appare espressivo dei principi di effettività della tutela, vieppiù considerando che, come ha affermato la CGUE, il ricorso per motivi aggiunti non sempre costituisce un'alternativa valida alla tutela giurisdizionale effettiva, proprio perché i concorrenti esclusi sarebbero costretti ad impugnare al buio, con ciò compromettendo radicalmente il proprio diritto di difesa[65].

La decisione dell'Adunanza Plenaria, allora, permette di focalizzare l'attenzione proprio sulla rilevanza della piena conoscenza qualificabile come data oggettivamente riscontrabile alla luce dell'imprescindibile interpretazione tracciata in maniera consolidata dalla CGUE.

Piena conoscenza significa effettività di tutela e l'effettività della tutela non può accontentarsi della conoscenza della potenzialità lesiva di un atto: è il principio di effettività che impone che il privato sia

---

[62] M. Fratini, *Manuale sistematico di diritto amministrativo,* cit.

[63] Per un approfondimento sul tema si veda M. Fratini, *Manuale sistematico di diritto amministrativo,* cit., nonché F. Caringella, S. Mazzamuto, G. Morbidelli, *Manuale di diritto amministrativo,* Dike giuridica editore, Roma, 2015.

[64] M. Fratini, *Manuale sistematico di diritto amministrativo,* cit.

[65] Del resto, come sottolineato da M. Fratini, *Manuale sistematico di diritto amministrativo,* cit., il principio di effettività di tutela «si fonda sul confronto, effettuato dalla Corte di Giustizia, tra il livello di tutela offerto dall'ordinamento nazionale e lo standard minimo di tutela, da garantire in maniera uniforme nell'ordinamento europeo».

consapevole delle ragioni che hanno indotto la PA a determinarsi in un senso piuttosto che in un altro; è il principio di effettività che impone che la piena conoscenza non può constatarsi alla luce dell'adempimento di un onere meramente formale (quale è appunto la comunicazione ex art 79 del vecchio codice – rectius 76 del nuovo codice) perché da una semplice comunicazione possono non evincersi vizi di eccesso di potere ovvero di violazione di legge; è il principio di effettività che impone che in tanto il termine decadenziale di impugnazione può iniziare a decorrere in quanto il privato abbia le informazioni necessarie per poter tutelare le proprie ragioni e far valere i vizi della procedura.

È in quest'ottica che quindi si spiega la disciplina dell'accesso informale e la conseguente dilazione temporale del dies a quo: il codice dei contratti pubblici assegna al privato uno strumento ad hoc (diverso dall'accesso procedimentale ex art. 22 l. 241/1990[66]) al fine di giungere, in tempi brevi, ad una puntuale conoscenza dell'atto e, quindi, ad un celere impugnazione dell'atto di gara senza prescindere dalla effettiva conoscenza dei motivi che potrebbero determinare una illegittimità dell'atto medesimo.

Comunicazione, conoscenza e pubblicazione, allora, alla luce anche del recente arresto giurisprudenziale devono essere compendiati nella formula della "data oggettivamente riscontrabile" e sono tra loro momenti equipollenti che trovano un temperamento nel dovere di diligenza dell'impresa concorrente: è vero, quindi, che la stazione appaltante ha l'onere di pubblicare gli atti, di esibirli a fronte della richiesta di accesso, di non procrastinare inutilmente l'estensione dei documenti necessitati, di comunicare eventuali ulteriori ragioni dell'esclusione/aggiudicazione; ma è altresì vero che il privato ha l'onere di controllare, di attivarsi e di informarsi diligentemente sull'operato della PA.

L'obbligo di diligenza, da un lato, e l'obbligo di pubblicazione, dall'altro, contribuiscono alla costruzione dell'apparato amministrativo come una "casa di vetro"[67].

[66] La presentazione dell'istanza formale di accesso procedimentale non allunga in termine di impugnazione: è quanto affermato dall'orientamento granitico della giurisprudenza. Del resto, il d.lgs. 50/2016 fornisce uno strumento ad hoc per accedere alle informazioni della gara: se l'impresa, anziché avvalersi dello strumento ad hoc sceglie la via ordinaria, questa scelta non può andare a vantaggio dell'impresa, allungando i termini dell'impugnazione, e a svantaggio della certezza, della stabilità dell'azione amministrativa. Sicché l'eventuale più ampio termine necessario per l'espletamento dell'accesso procedimentale non può andare a vantaggio dell'impresa dilatando i termini per impugnare.

[67] F. Turati, in *Atti del Parlamento italiano, Camera dei deputati*, sess. 1904-1908, 17 giugno 1908, p. 22962. Sul concetto di casa di vetro, si veda P. Domeniconi, F.S Carpiello, *La legge n. 15/2009: fra trasparenza ed eccesso di informazione*, in Aziendaitalia - Il Personale, n. 5, 2009, pp. 227-233.