



Diritto e Processo Amministrativo

L'Adunanza Plenaria n. 12/2020 esclude i “ricorsi al buio” in materia di contratti pubblici, mentre il legislatore amplia le zone grigie della tutela.

di [Maria Alessandra Sandulli](#)

14 luglio 2020

Sommario:

L'Adunanza Plenaria n. 12/2020 esclude i “ricorsi al buio” in materia di contratti pubblici, mentre il legislatore amplia le zone grigie della tutela.

di Maria Alessandra Sandulli

Sommario. 1. Premessa: la questione generale dell'onere di proposizione di cd “ricorsi al buio”. - 2. La decorrenza del termine di impugnazione degli atti di affidamento dei contratti pubblici: la questione rimessa all'Adunanza plenaria. - 3. Considerazioni conclusive in rapporto alle recenti tendenze legislative a ridurre le garanzie di legalità in materia di contratti pubblici.

1.Premessa: la questione generale dell'onere di proposizione di cd “ricorsi al buio”.

Investita da un'ordinanza della V Sezione [\[1\]](#), con la sentenza n. 12 del 2 luglio 2020 l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato è tornata ad occuparsi della decorrenza dei termini di impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento dei contratti pubblici di appalto e concessione di lavori, servizi e forniture. L'ultima pronuncia in materia era stata resa nell'aprile 2018 (Ad. plen. n. 4) concernente i limiti all'onere di immediata impugnazione delle clausole della *lex specialis*.

Le questioni ora portate all'esame dell'organo di nomofilachia avevano invece ad oggetto l'individuazione del momento nel quale si realizza il requisito della "piena conoscenza legale" idoneo a far decorrere il breve termine decadenziale (30 giorni rispetto agli ordinari 60) per contestare i vizi dei diversi atti di gara (*lex specialis*, nomina della commissione, ammissione o esclusione dei concorrenti e delle offerte, aggiudicazione, ecc.), per i quali significativamente il codice dei contratti (tanto nella "prima" versione del 2006, quanto nell'attuale versione di cui al d.lgs. n. 50 del 2016, s.m.i.) ha imposto specifici obblighi di pubblicazione e/o di comunicazione.

Il tema investe più in generale la compatibilità con i principi di leale collaborazione tra poteri pubblici e amministrati e di effettività della tutela nei confronti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti equiparati di un sistema che imponga la proposizione di ricorsi c.d. "al buio" contro atti di cui si conosca, attraverso il dispositivo, l'effetto pregiudizievole, ma non sia noto il contenuto motivazionale e dei quali sia pertanto estremamente difficile, se non addirittura impossibile, individuare i possibili vizi (tanto da riuscire a formulare censure con adeguato grado di specificità) e/o gli elementi idonei ad apprezzarne l'entità.

Come spesso accade, il cd "rito appalti", per l'importanza economica del settore dei contratti pubblici e per la rilevanza che la garanzia della relativa legalità assume anche in ambito eurounitario (è l'unica materia per la quale gli organi dell'Unione abbiano adottato direttive procedurali per assicurare l'effettivo rispetto di quelle sostanziali [\[2\]](#)) costituisce un importante banco di prova e assume un ruolo "pilota" per affrontare questioni più generali.

Il problema sopra esposto si pone infatti per tutti i provvedimenti amministrativi, per i quali, significativamente, l'art. 3 della legge 241 del 1990 stabilisce un precipuo onere di motivazione sui "presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione in relazione alle risultanze dell'istruttoria", con l'ulteriore specificazione che "se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile, a norma della [stessa legge] anche l'atto cui essa si richiama". Lo stesso art. 3 aggiunge peraltro che "in ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è

possibile ricorrere".

Purtroppo le riferite prescrizioni sono state spesso disattese e i soggetti lesi dagli atti amministrativi sono frequentemente costretti ad affrontare gli oneri economici e psicologici [3], il legislatore di impugnazioni meramente "precauzionali", senza essere ancora effettivamente in grado di apprezzarne la fondatezza, con il rischio di constatare in corso di causa l'opportunità di rinunciare a un'azione con scarse possibilità di accoglimento o di doverla all'opposto integrare e rafforzare con la proposizione (evidentemente foriera di nuovi oneri) di cd "motivi aggiunti" [4].

Il codice del processo amministrativo non ha però specificamente affrontato l'argomento, limitandosi a disporre all'art. 41 che il ricorso deve essere notificato a pena di decadenza entro il termine di legge *"decorrente dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza, ovvero, per gli atti di cui non sia richiesta la notificazione individuale, dal giorno in cui è scaduto il termine della pubblicazione se questa sia prevista dalla legge o in base alla legge"*.

Nulla, come si vede, è detto, di più specifico, sulla necessità della conoscenza della motivazione e degli eventuali atti presupposti, dando così spazio a posizioni giurisprudenziali differenziate: secondo un orientamento, minoritario, più garantista, il termine decorrerebbe solo dalla conoscenza della motivazione (Cons. St. Sez. V, 31 gennaio 2012, n. 467; Id. 16 settembre 2011, n. 5191; Id. 8 febbraio 2007, n. 522), mentre, secondo la tesi opposta, decisamente prevalente, il *dies a quo* dipenderebbe dalla mera conoscenza del carattere potenzialmente lesivo del provvedimento, a prescindere dalla conoscenza della relativa motivazione (*ex multis*, Cons. St., Sez. V, 28 ottobre 2019, n. 3784; 4 aprile 2019, n. 2190; 31 ottobre 2018, n. 6187; Sez. IV, 21 marzo 2016, n. 11356; 23 gennaio 2012, n. 281).

2. La decorrenza del termine di impugnazione degli atti di affidamento dei contratti pubblici: la questione rimessa all'Adunanza plenaria e la relativa soluzione.

Nella materia dei contratti pubblici, la tematica è stata invece affrontata *funditus* dalla richiamata Direttiva 2007/66, che, nella suddetta ottica di garanzia dell'effettività della tutela, afferma espressamente che il termine per ricorrere dovrà essere computato dalla *notifica* del provvedimento e delle ragioni che ne sono alla base ai soggetti interessati, in modo che questi ne possano percepire l'ingiustizia e la lesività (considerando 6 e 7 e artt. 1, 2-bis, 2-quater e 2-septies Direttive 89/665/CEE e 1992/13/CEE s.m.i.; **Corte giust. UE, Sez. V, 8 maggio 2014, C-161/2013 e Sez. III, 28 gennaio 2010, C-406/08**, meglio nota come sentenza Uniplex e, a seguire, Sez. V, 8 maggio 2014, in C-161/13, cit., punto 40; e, da ultimo, Sez. IV, 14 febbraio 2019, in C-54/18).

In ambito nazionale, il criterio era stato esplicitamente recepito, su sollecitazione della dottrina e del parere reso dal Consiglio di Stato sullo schema di decreto "correttivo", dal [d.lgs. 56 del 2017](#), soltanto in riferimento ai ricorsi super accelerati avverso le ammissioni e le esclusioni (tipologia specialissima opportunamente eliminata dalla legge "sblocca cantieri" del 2019)[\[5\]](#), ma, come già sottolineato in altre occasioni[\[6\]](#), anche in forza del primato del diritto dell'Unione, non può non trovare generalizzata applicazione a tutti gli atti di gara (*inter alia*, le aggiudicazioni).

A questi fini, la normativa processuale speciale dettata dagli artt. 19 e 120 c.p.a. deve essere, necessariamente, integrata con le disposizioni dello stesso codice dei contratti, in tema di trasparenza (art. 29, comma 1) e di "informazione dei candidati e degli offerenti" sullo svolgimento e sull'esito della procedura (art. 76), modificate dal sopracitato "correttivo" del 2017 e dal d.l. n. 32 del 2019, convertito nella l. n. 55 del 2019, e con quelle in tema di sospensione dei termini per la stipula del contratto nelle more della scadenza dei termini per l'impugnazione (il *c d standstill period* sostanziale di cui all'art. 32, comma 9)[\[7\]](#).

L'art. 120, comma 5, del codice processuale reca infatti specifiche disposizioni sulla rilevanza della comunicazione e della pubblicazione degli atti.

In particolare, come evidenziato dall'ordinanza di rimessione e dall'Adunanza plenaria, la disposizione fa però tuttora riferimento agli artt. 79 e 66 del 'primo codice' dei contratti (d.lgs. n. 163 del 2006) e il difetto di coordinamento ha creato non pochi problemi interpretativi, in considerazione della non perfetta corrispondenza tra l'art. 76 del codice contrattuale vigente e l'art. 79 di quello del 2006 (che prevedeva specifiche regole in tema di accesso, opportunamente utilizzate dalla giurisprudenza a garanzia di una maggiore effettività di tutela, irragionevolmente non riprese nel codice del 2016) e tra le rispettive disposizioni in tema di pubblicità e trasparenza.

Il Consiglio di Stato ha dovuto quindi compiere un'importante opera di ricostruzione sistematica, non mancando peraltro di segnalare al Governo la necessità di un sollecito intervento legislativo.

La sentenza ha in primo luogo rilevato che l'art. 120, comma 5 – ispirandosi al principio della effettività della tutela giurisdizionale delle imprese interessate – ha disposto che il termine per l'impugnazione comincia a decorrere da una 'data oggettivamente riscontrabile', da individuare:

- da un lato, sulla base degli 'incombenti formali *ex lege*' cui è tenuta l'Amministrazione aggiudicatrice (connessi alla disciplina sullo *stand still*, contenuta dapprima nell'art. 11 del 'primo codice' e poi nell'art. 32, comma 9, del 'secondo codice');

- dall'altro lato, sulla base del criterio della normale diligenza per la conoscenza degli atti, cui è tenuta l'impresa che intenda proporre il ricorso.

Il supremo Collegio ha quindi ricordato che, per la determinazione di tale data, il c.p.a. ha fissato tre regole:

- a) per l'impugnazione degli atti *'concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture'*, incluse le aggiudicazioni, ha fatto riferimento alla data di *'ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163'* (recante il titolo *'informazioni circa i mancati inviti, le esclusioni e le aggiudicazioni'*), attribuendo, dunque, rilievo decisivo al rispetto delle previsioni dell'art. 79;
- b) per l'impugnazione dei bandi e degli avvisi *'con cui si indice una gara, autonomamente lesivi'*, si ha richiamato la data di *'pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8'* del medesimo d.lgs. n. 163 del 2006, attribuendo, dunque, analogo rilievo a tale pubblicazione;
- c) *'in ogni altro caso'*, ha disposto che va accertata la *'conoscenza dell'atto'*.

Per i casi previsti dalle lettere a) e b), l'art. 120 ha attribuito dunque rilievo decisivo al compimento delle *'informazioni'* e delle *'pubblicazioni'* che l'Amministrazione aggiudicatrice è tenuta ad effettuare.

Quanto alle prime, l'Adunanza plenaria ha ritenuto potersi fare riferimento all'art. 76 del nuovo codice contrattuale, che impone di *"informare tempestivamente ciascun candidato e ciascun offerente delle decisioni adottate riguardo alla conclusione di un accordo quadro, all'aggiudicazione di un appalto o all'ammissione ad un sistema dinamico di acquisizione, ivi compresi i motivi dell' eventuale decisione di non concludere un accordo quadro o di non aggiudicare un appalto per il quale è stata indetta una gara o di riavviare la procedura o di non attuare un sistema dinamico di acquisizione"* e di comunicare entro un termine massimo di 5 giorni, a) l'aggiudicazione al concorrente che segue in graduatoria e a tutti i candidati non definitivamente esclusi; b) l'esclusione ai relativi destinatari; c) la decisione di non aggiudicare un appalto o non concludere un accordo quadro a tutti i candidati; d) la data di avvenuta stipulazione del contratto ai soggetti di cui alla lettera a e comunicare, entro 15 giorni dalla sua eventuale richiesta scritta, ad ogni offerente escluso i motivi di rigetto della sua offerta, ad ogni candidato escluso i motivi di rigetto della sua domanda di partecipazione, ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta ammessa in gara e valutata le caratteristiche e i vantaggi di quella selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato l'appalto o delle parti dell'accordo quadro e ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta ammessa in gara e valutata lo

svolgimento e l'andamento delle negoziazioni e del dialogo con gli offerenti. A quest'ultimo riguardo, la sentenza ha chiarito che, in assenza delle disposizioni speciali dettate dall'art. 79 del 'primo codice', trovano applicazione, con riferimento all'accesso, le disposizioni generali sull'accesso informale agli atti amministrativi, previste dall'art. 5 del Regolamento approvato con il d.P.R. n. 184 del 2006. Ne consegue che, *"l'Amministrazione aggiudicatrice deve consentire all'impresa interessata di accedere agli atti, sicché - in presenza di eventuali suoi comportamenti dilatori (che non possono comportare suoi vantaggi processuali, per il principio della parità delle parti) - va ribadito quanto già affermato dalla giurisprudenza [prima soluzione] per la quale, qualora l'Amministrazione aggiudicatrice rifiuti l'accesso o impedisca con comportamenti dilatori l'immediata conoscenza degli atti di gara (e dei relativi allegati), il termine per l'impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l'interessato li abbia conosciuti"*.

Quanto all'altra data "oggettivamente certa", l'organo di nomofilachia della giustizia amministrativa l'ha, coerentemente, individuata nell'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 s.m.i., che dispone al primo periodo che *"tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture nonché le procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione di concorsi di idee e di concessioni (...), alla composizione della commissione giudicatrice e ai curricula dei suoi componenti, ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 53 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 162, devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente nella sezione 'Amministrazione trasparente'"*, precisando, all'ultimo periodo che, *"fatti salvi gli atti a cui si applica l'articolo 73, comma 5, i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente"*. Ne consegue che *"l'impresa interessata - che intenda proporre un ricorso - ha l'onere di consultare il 'profilo del committente', dovendosi desumere la conoscenza legale degli atti dalla data nella quale ha luogo la loro pubblicazione con i relativi allegati (data che deve costantemente risultare dal sito)"*.

Prima di dare puntuale e formale risposta a tutti i quesiti sollevati dalla V Sezione, la sentenza ha poi richiamato la posizione assunta dall'Unione europea, ricordando come la Corte di Giustizia avesse evidenziato che:

- i termini imposti per proporre i ricorsi avverso gli atti delle procedure di affidamento cominciano a decorrere solo quando *"il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della presa violazione"* (Corte di Giustizia, Sez. IV, 14 febbraio 2019, in C-54/18, punto 21 e anche punti 32 e 45, che ha deciso una questione pregiudiziale riguardante il comma

2 bis dell'art. 120 del c.p.a., poi abrogato dalla legge n. 55 del 2019; Sez. V, 8 maggio 2014, in C-161/13, punto 37, che ha deciso una questione pregiudiziale riguardante proprio l'art. 79 del 'primo codice' e l'art. 120, comma 5, del c.p.a.);

- *"una possibilità, come quella prevista dall'articolo 43 del decreto legislativo n. 104/2010, di sollevare «motivi aggiunti» nell'ambito di un ricorso iniziale proposto nei termini contro la decisione di aggiudicazione dell'appalto non costituisce sempre un'alternativa valida di tutela giurisdizionale effettiva. Infatti, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, gli offerenti sarebbero costretti a impugnare in abstracto la decisione di aggiudicazione dell'appalto, senza conoscere, in quel momento, i motivi che giustificano tale ricorso"* (Corte di Giustizia, Sez. V, 8 maggio 2014, in C-161/13, cit., punto 40).

Dalla normativa (art. 2-quater della Direttiva 89/665 s.m.i.) e dalla giurisprudenza eurounitaria il Collegio ha dunque tratto conferma che *"la sopra riportata normativa nazionale vada interpretata nel senso che il termine di impugnazione degli atti di una procedura di una gara d'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 alla ordinaria diligenza"*.

Da ultimo, la Plenaria ha affrontato la questione sul se il 'principio della piena conoscenza o conoscibilità' (per il quale in materia il ricorso è proponibile da quando si sia avuta conoscenza del contenuto concreto degli atti lesivi o da quando questi siano stati pubblicati sul 'profilo del committente') si applichi anche quando l'esigenza di proporre il ricorso emerge dopo aver conosciuto i contenuti dell'offerta dell'aggiudicatario o le sue giustificazioni rese in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta.

In linea con la massima attenzione riservata alla tutela del diritto di difesa e della legalità, il Supremo Collegio risponde in modo affermativo, riconoscendo espressa rilevanza al *"tempo necessario per accedere alla documentazione presentata dall'aggiudicataria, ai sensi dell'art. 76, comma 2, del 'secondo codice'"* (come osservato ai punti 19 e 27 della pronuncia), con la testuale, importante, precisazione che *"poiché il termine di impugnazione comincia a decorrere dalla conoscenza del contenuto degli atti, anche in tal caso non è necessaria la previa proposizione di un ricorso 'al buio' [in abstracto], nella terminologia della Corte di Giustizia, e di per sé destinato ad essere dichiarato inammissibile, per violazione della regola sulla specificazione dei motivi di ricorso, contenuta nell'art. 40, comma 1, lettera d), del c.p.a.], cui dovrebbe seguire la proposizione di motivi aggiunti"*.

In conclusione, sulla base delle riferite considerazioni, la pronuncia ha affermato 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".*

3. Considerazioni conclusive in rapporto alle recenti tendenze legislative a ridurre le garanzie di legalità in materia di contratti pubblici.

La sentenza merita il massimo apprezzamento, soprattutto per l'attenzione che mostra di porre alla garanzia della legalità e dell'effettività della tutela giurisdizionale nell'affidamento dei contratti pubblici, in controtendenza con le più recenti riforme legislative, che, da anni, progressivamente la erodono, come dimostra anche il recente decreto semplificazioni[\[8\]](#).

Come noto, da qualche anno (e soprattutto dal 2014), il legislatore ha cercato invero strumenti artificiali di "deflazione" del contenzioso amministrativo, particolarmente incisivi *in subiecta materia*, individuabili:

- nell'inaccettabile incremento del contributo unificato da versare per le controversie di maggior impatto economico[\[9\]](#) (per il contenzioso sui contratti pubblici e sugli atti delle Authorities il ricorso, tanto in via principale, quanto in via incidentale, è soggetto al versamento di un

contributo unificato variabile da 2.000 a 6.000 euro, mentre per i ricorsi nelle materie soggette, per la loro rilevanza politica ed economica, a rito accelerato, è richiesto un contributo fisso di 1.800 euro. I predetti importi - "contenuti" negli altri giudizi in 650 euro - sono aumentati del 50% per le controversie in grado di appello e sono spesso raddoppiati o moltiplicati se l'amministrazione adotta nuovi atti contro i quali occorre rivolgere nuove censure: circostanza tutt'altro che infrequente nelle procedure di evidenza pubblica o a fronte della deprecabile prassi di "correggere" i provvedimenti impugnati in corso di causa, non scoraggiata da una esemplare condanna alle spese del giudizio fondatamente instaurato contro il provvedimento corretto; e rischiano di essere inutilmente versati o raddoppiati o moltiplicati quando il sistema ammette/pretende la presentazione del ricorso "al buio");

-nell'obbligo di definire i ricorsi sull'affidamento dei contratti pubblici in tempi estremamente contratti e con sentenza redatta ordinariamente "in forma semplificata" (difficilmente compatibile con l'oggettiva complessità della materia) e la preferenza generalmente riconosciuta a questo strumento (difficilmente conciliabile con il ruolo conformativo dell'attività amministrativa che il sistema costituzionale ha voluto conferire al giudice amministrativo e con il ricordato ruolo "regolatorio" attribuitogli, sia pure impropriamente, dal legislatore);

- nell'imposizione di limiti dimensionali agli scritti difensivi e di apposite regole di redazione di questi ultimi (limiti che, se si combinano con l'introduzione del processo telematico obbligatorio e i tempi necessariamente circoscritti della discussione orale, rendono vieppiù oggettivamente difficile la dimostrazione della fondatezza delle censure e delle eccezioni formulate);

- nell'imposizione di ulteriori limiti al potere giurisdizionale di sospensione dei provvedimenti relativi alle procedure di affidamento dei contratti pubblici: l'art. 120, comma 8-ter c.p.a., per un verso, assoggetta il potere cautelare alle medesime regole e ai medesimi limiti di incisione sul contratto previsti, dagli artt. 121 e 122, per la decisione di merito e, per l'altro, (non ritenendo evidentemente sufficiente il mero, tradizionale, bilanciamento dei diversi interessi, già in qualche modo sbilanciato a favore di quello pubblico dall'art. 119, commi 3 e 5) impone al Collegio di valutare l'istanza cautelare tenendo conto delle pretese *"esigenze imperative connesse ad un interesse generale all'esecuzione del contratto"* (laddove l'unico interesse generale *in subiecta* materia è all'evidenza quello, sottolineato anche dalla direttiva 2007/66/CE, che le violazioni alle regole sostanziali non producano i loro effetti)[\[10\]](#);

- nell'imposizione di limiti ancora più incisivi al potere del giudice cautelare nei giudizi relativi alla progettazione e alla realizzazione delle c.d. *"infrastrutture strategiche"* (che deve

tenere conto, "delle probabili conseguenze del provvedimento per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera" (preminenza aprioristicamente stabilita dalla legge, dunque), e valutare l'[effettiva] "irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente", da comparare in ogni caso "con quello del soggetto aggiudicatore all'accelere prosecuzione delle procedure" e, in termini ancora più gravi, nella previsione della non incidenza delle pronunce di annullamento e/o di sospensione assunte in tali giudizi per vizi diversi da quelli (più gravi) individuati dall'art. 121 sui contratti eventualmente già stipulati (art. 125 c.p.a.)[\[11\]](#).

E, da ultimo, a quanto è dato conoscere dalla bozza in circolazione, il dl semplificazioni, approvato dal Consiglio dei Ministri del 7 luglio scorso con la criticabile formula "salvo intese" (utilizzata sempre più frequentemente dai governi per indicare che la redazione definitiva del testo formalmente approvato è rinviata all'esito di successivi negoziati tra le forze politiche), nel ridurre le ipotesi di responsabilità erariale commissiva e di abuso d'ufficio dei funzionari pubblici (artt. 21 e 23), estenderebbe la portata del citato art. 125 e prevederebbe un'ipotesi specifica di responsabilità erariale e disciplinare a carico dei funzionari che, anche in pendenza di contenziosi, in assenza di espressa inibitoria legislativa o giurisdizionale, non procedono tempestivamente alla stipula e all'avvio dell'esecuzione dei contratti o, se il ritardo è imputabile all'operatore economico, l'esclusione di diritto di quest'ultimo dalla procedura o la risoluzione del contratto per suo inadempimento (artt. 1,2 e 4).

Ne consegue che gli affidamenti *contra legem* per i quali il soggetto leso non sia riuscito a superare i riferiti ostacoli frapposti all'accoglimento dell'istanza cautelare producono indisturbati i loro effetti, con pregiudizio irreparabile dei concorrenti (soprattutto le PMI) illegittimamente esclusi o mal valutati e degli utenti (esposti anche a rischi di sicurezza) e, soprattutto, della legalità. Si tratta di danni seri e gravi, che si aggiungono a quello del rischio del risarcimento gravante sulla stazione appaltante e, di risulta, sulla collettività[\[12\]](#), che il decreto avrebbe cercato di attenuare riconoscendo la possibilità delle stazioni appaltanti di stipulare (evidentemente a caro prezzo) appositi contratti di assicurazione (!).

Né desta minore preoccupazione la previsione, nello stesso decreto, che i giudizi *de quibus* debbano essere "di norma" definiti in sede cautelare con sentenza semplificata, anche in deroga ai presupposti stabiliti dall'art. 74, comma 1, c.p.a. e che, in ogni caso, il giudice dovrebbe rendere la sentenza entro 15 giorni dall'udienza di discussione e che, qualora la stesura della motivazione fosse particolarmente complessa, il giudice debba comunque pubblicarne entro tale termine il dispositivo, indicando anche le domande eventualmente accolte e le misure per darvi attuazione,

e depositare in ogni caso la sentenza entro 30 giorni dall' udienza. Si rischia dunque di privilegiare la celerità su una decisione adeguatamente ponderata e consapevole[13].

C'è dunque soltanto da confidare nella reazione della giurisprudenza, anche attraverso eventuali rinvii alla Corte costituzionale e alla Corte di Giustizia; mentre, tornando alle questioni affrontate dalla sentenza in commento, c'è da auspicare che la garanzia di effettività della tutela segnata dal più stretto legame tra termine di impugnazione e obbligo di motivazione trovi un'applicazione più generalizzata. Si ricorda del resto che la Direttiva 2007/66, al considerando 36, fa espresso richiamo al principio di effettività della tutela sancito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (cd Carta di Nizza), che, evidentemente, non si limita ai contratti pubblici.

[1] Ord. 2 aprile 2020 n. 2215.

[2] Le note Direttive 1989/665 e 1992/13, modificate e integrate dalla Direttiva 2007/66 con il dichiarato obiettivo di imporre agli Stati membri l'adozione di strumenti di ricorso più efficaci contro la violazione delle nuove direttive sostanziali nn. 17 e 18 del 2004, e misure di tutela (inibitoria, cautelare, caducatoria e risarcitoria) più stringenti, al fine di evitarne l'elusione, anche attraverso la cd corsa alla stipula del contratto nelle more della proposizione di un eventuale ricorso sull'aggiudicazione o della decisione (almeno cautelare) sullo stesso.

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 a esse equiparati per l'affidamento delle relative commesse: organismi di diritto pubblico, titolari di concessioni pubbliche affidate senza gara e, in particolari settori, imprese pubbliche e titolari di diritti speciali o esclusivi) 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 (tra le quali oggi, in particolare, quelli ambientali e sociali).

[3] Se non addirittura giuridici, nei casi in cui, come accaduto proprio in riferimento ai contratti pubblici, il legislatore abbia considerato l'instaurazione di contenziosi come elemento negativo per il rating del proponente: v *infra*.

[4] Il tema, classico (E. Cannada Bartoli, *Decorrenza dei termini e possibilità di conoscenza dei vizi*, in *Foro amm.* 1961, 1081; A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, Morano Editore, 1963, 242 ss., che, mettendo l'accento sul fatto che l'art. 36

non del Regolamento di procedura davanti al Consiglio di Stato non equiparava alla notificazione una "qualsiasi conoscenza" dell'atto da impugnare, ma una conoscenza "piena" e che, coerentemente l'art. 6 del suddetto Regolamento onerava l'interessato non solo ad impugnare i provvedimenti ritenuti lesivi nei termini, anche di indicare i "motivi su cui si fonda il ricorso", 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 sfera giuridica, l'interessato abbia lasciato trascorrere inutilmente il termine fatale*"), è troppo ampio per poterlo affrontare in questa sede: si rinvia, per tutti, agli scritti di G. Virga, *La disciplina dei termini nel processo amministrativo*, in Atti del convegno di studi organizzato dalla facoltà di giurisprudenza di Messina, 15-16 aprile 1988, Giuffré, Milano, 1989, 249; S. Baccarini, *La comunicazione del provvedimento amministrativo tra prassi e nuove garanzie*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 1, 8; Id., *motivazione ed effettività della tutela*, in *giustamm.it*; M.A. Sandulli, *Rilevanza e trasparenza dei motivi nel procedimento e nel processo*, in AA.VV., Attidel Convegno di Brescia del 18-19 ottobre 1991, Roma, 1995; R. Politi, *Decorrenza del termine per l'impugnazione del provvedimento in sede giurisdizionale e conoscenza della motivazione dell'atto: spunti di riflessione*, in *TAR*, 1999, 2, 133; R. Damonte, *Conoscenza del provvedimento amministrativo e termini di proposizione del ricorso al giudice amministrativo*, in *Riv. giur. edil.*, 2000, 1, 1135; A. Reggio d'Aci, *La piena conoscenza del provvedimento amministrativo e la decorrenza del termine per la sua impugnazione*, in *Urb. e app.*, 2007, 11, 1367; L. Ferrara, *Motivazione e impugnabilità degli atti amministrativi*, in *Foro amm.-TAR*, 2008, 1193; S. De Paolis, B. Rinaldi, *Piena conoscenza ed effettività della tutela: riflessioni e attualità del pensiero dei maestri*, in Atti del convegno su L'impugnabilità degli atti amministrativi, Giornate di studio in onore di E. Cannada Bartoli, 13-14 giugno 2008, Siena, in *giustamm.it*; M.A. Sandulli *I principi costituzionali e comunitari in materia di giurisdizione amministrativa*, in *federalismi.it*, n. 18/2009; A. Marra, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, Gi2012; nonché, più recentemente, M.A. Sandulli, *Profili soggettivi e oggettivi della giustizia amministrativa: il confronto*, in *federalismi.it*, n. 3/2017 nonché ai contributi generali sulla motivazione di F. Aperio Bella, *La motivazione del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di) *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2 ed., 2017, (aggiornamento 2020 in corso di stampa) e di F. Cardarelli, *La motivazione del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2 ed., 2017, 374 ss. e R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 269 ss.

[5] In argomento, specificamente, A.G. Pietrosanti, *Piena conoscenza, termine per impugnare ed effettività della tutela nel rito "super accelerato" ex art. 120 co. 2 bis c.p.a.*, in www.federalismi.it, 7/2017; 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 www.federalismi.it, 5/2018.

[6] Per tutti, M.A. Sandulli, *Nuovi limiti al diritto di difesa introdotti dal d.lgs. n. 50 del 2016 in contrasto con il diritto eurounitario e con la Costituzione*, in lamministrativista.it, 2016; e *Rito speciale in materia di contratti pubblici, Bussola* in lamministrativista.it; M.A. Sandulli, S. Tranquilli, *Art. 204, in Codice dei contratti pubblici - Commentario di dottrina e giurisprudenza*, a cura di G. M. Esposito, UTET, 2017, 2365; M. Lipari, *La tutela giurisdizionale e "precontenziosa" nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.federalismi.it, 2016, n. 10, 39 ss.; R. De Nictolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici, in Urb. e App.*, 2016, 5, 503 ss; G. Severini, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016.

[7] Per un approfondimento della complessa disciplina, nazionale ed eurounitaria, in materia di contratti pubblici e dei relativi principi e istituti, si rinvia all'ampio *Trattato sui contratti pubblici* (5 volumi) a cura di M.A. Sandulli e R. De Nictolis, II ed., Milano, 2019. Per una visione sintetica, ma completa, del quadro normativo e giurisprudenziale aggiornato alla l. n. 55 del 14 giugno 2019, cfr. il *Codice dei contratti pubblici annotato con normativa e giurisprudenza e linee guida* ANAC, a cura di G.A. Giuffrè, P. Provenzano e S. Tranquilli, Napoli, 2019.

[8] Su cui cfr. l'accenno critico in M.A. Sandulli, *Cognita causa*, rielaborazione della Relazione al webinar del 30 giugno/1 luglio 2020 su *L'emergenza Covid e i suoi riflessi sul processo amministrativo. Principi processuali e tecniche di tutela tra passato e futuro*, in *giustiziainsieme*, 6 luglio 2020. Il tema è stato ampiamente affrontato da M. Lipari, *La proposta di modifica del rito appalti: complicazioni e decodificazioni senza utilità?*, Relazione al medesimo webinar, in lamministrativista.it, 3 luglio 2020.

[9] Si rinvia, ancora, a M.A. Sandulli, *Le nuove misure di deflazione del contenzioso amministrativo: prevenzione dell'abuso di processo o diniego di giustizia?* in federalismi.it, n. 20/2012.

[10] Cfr. le considerazioni critiche di G. Severini, *Tutela cautelare e standstill*, in *Trattato sui contratti pubblici*, cit., cap. 125.

[11] A queste misure il Codice dei contratti pubblici del 2016 aveva aggiunto un rito super specialissimo (opportunamente abrogato dall'art. 1, comma 4, del d.l. n. 32 del 2019) che

imponeva al concorrente l'onere di proporre immediata impugnazione, non soltanto della propria esclusione, ma anche della ammissione degli altri concorrenti, a prescindere dalla sussistenza di un reale interesse alla relativa contestazione, (concretizzabile soltanto all'esito della valutazione delle offerte) entro trenta giorni dalla pubblicazione sul sito del committente del mero elenco dei soggetti ammessi, ancorché privo delle informazioni necessarie a valutarne la legittimità: la misura, apparentemente diretta a definire ogni controversia prima della fase di valutazione delle offerte, si traduceva, se combinata all'alto costo del giudizio e alle conseguenze che la relativa instaurazione può determinare sul *rating* delle imprese, in una ulteriore, ingiusta, misura di "deflazione" dall'accesso alla giustizia. Per una panoramica generale sulla disciplina del processo in materia di affidamento dei contratti pubblici, cfr. R. De Nictolis, in *Trattato sui contratti pubblici*, cit., cap. 124.

[12] Sul tema ancora M.A. Sandulli, *Cognita causa*, cit. e, più specificamente, *La nuova tutela giurisdizionale in tema di contratti pubblici (note a margine degli artt. 244-246 del Codice de Lise)*, *Il processo amministrativo superaccelerato e i nuovi contratti ricorso-resistenti* e *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici* in *federalismi.it*, nn. 21/2006, 5/2009 e 15/2016; e F. Francario, *Forme e tecniche di tutela alla prova dell'emergenza*, relazione al webinar *L'emergenza Covid e i suoi riflessi sul processo amministrativo*, e gli interventi al webinar organizzato dall'AIPDA su *Poteri del giudice amministrativo e efficienza della pubblica amministrazione in materia di appalti*, coordinato da C. Barbatì e introdotto da interventi di R. Cavallo Perin, M. Clarich, G. De Giorgi Cezzi, G. Morbidelli, F.G. Scoca, L. Torchia e G. Tropea sul dibattito apertosì sul tema tra G. Della Cananea, M. Dugato, A. Police e M. Renna E G. Corso, F. Francario, G. Greco, M.A. Sandulli e A. Travi, ascoltabili sul link in *giustiziainsieme.it*.

[13] Ci si consenta ancora il rinvio allo scritto *Cognita causa* e alle osservazioni sulla sentenza semplificata svolte in M.A. Sandulli, c *Il tempo del processo come bene della vita*, in *federalismi.it*, n. 18/2014.