

## **DIRITTO DI DIFESA ED EFFETTIVITA' DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE:**

Il Tar Lecce solleva la questione di legittimità costituzionale dell'art.120, co.5, c.p.a.

**CARLA NATALICCHIO**

Tar Puglia - III Sez. di Lecce - 02 marzo 2020, ordinanza n. 297

**Riti speciali - Appalti – Motivi aggiunti ex art.120, comma 5 cpa – Termine per la proposizione – Contrasto con l'art. 24 – Rilevanza e non manifesta infondatezza.**

*E' rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 120, comma 5 c.p.a. nella parte in cui fa decorrere il termine di trenta giorni per la proposizione dei motivi aggiunti dalla ricezione della comunicazione dell'aggiudicazione di cui all'art.79, d.lgs.n. 163 del 2006, per contrasto con il diritto di difesa e il principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost., in quanto, equiparando il termine per la proposizione dei motivi aggiunti a quello per la proposizione del ricorso, impedisce di fatto la tutela giurisdizionale della parte ricorrente avverso i vizi di legittimità del provvedimento di aggiudicazione rivelati dagli atti e dai documenti successivamente conosciuti.*

*Abstract:* I motivi aggiunti rappresentano lo strumento processuale finalizzato a contestare la legittimità di atti o vizi ulteriori, non conosciuti al momento della proposizione del ricorso e la cui successiva conoscenza è spesso volte riconducibile all'esercizio del diritto di accesso. Il contributo analizza il delicato rapporto intercorrente tra i motivi aggiunti ed il diritto di accesso nell'ambito del rito speciale previsto dall'art. 120 co. 5 cpa, con particolare riferimento alla individuazione del *dies a quo* per la proposizione dei predetti motivi aggiunti ai fini della tempestiva proposizione di questi ultimi. Nel contributo vengono analizzate le posizioni oscillanti assunte a riguardo dalla giurisprudenza, culminate nell'ordinanza del Tar Lecce, qui in commento, di rimessione alla Corte Costituzionale dell'art. 120 co. 5 cpa.

*Abstract:* The added reasons represent the procedural tool aimed at contesting the legitimacy of further acts or vices, not known at the time of the appeal and whose subsequent knowledge is often times attributable to the exercise of the right of access. The contribution analyzes the delicate relationship between the added reasons and the right of access as part of the special rite provided for by art. 120 co. 5 cpa, with particular reference to the identification of the *dies a quo* for the proposition of the aforementioned reasons added for the purpose of the timely proposition of the latter. The contribution analyzes the fluctuating positions taken in this regard by the jurisprudence, culminating in the order of the Tar Lecce, here in comment, of remission to the Constitutional Court of art. 120 co. 5 cpa.

**SOMMARIO:** - Premessa - **1.** La vicenda in breve. - **2.** Le considerazioni del Tar Lecce - **3.** Riflessioni a margine della pronuncia.

## **Premessa**

Le disposizioni processuali vigenti in materia di contenzioso in materia di contratti pubblici, sulle gare pubbliche e gli atti connessi e collegati sono, come noto, caratterizzate da elementi di forte accelerazione e concentrazione.

Il rito speciale disciplinato dall'art. 120 c.p.a si distingue, tra l'altro per (i) l'esclusione dell'alternativo ricorso straordinario al Capo dello Stato; (ii) la dimidiazione dei termini processuali, compresi quelli relativi agli atti introduttivi; (iii) la peculiare tutela cautelare;<sup>1</sup> (iv) i limiti di spazio degli atti difensivi; (v) la definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata.<sup>2</sup>

La dimidiazione dei termini processuali relativi agli atti introduttivi ha creato non pochi contrasti giurisprudenziali in riferimento al *dies a quo* per l'impugnazione e non da ora<sup>3</sup>.

Il termine dimidiato di impugnazione, infatti, decorre dalla comunicazione dell'atto lesivo eseguita ai sensi dell'art. 76 del nuovo codice (ossia dell'art. 79 del precedente codice dei contratti pubblici) e per i bandi e gli avvisi con i quali viene indetta la gara dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale Italiana, eseguita ai sensi degli artt. 72,73 e 98 del nuovo codice (ossia dell'art. 66 comma 8, del precedente codice del 2006).

Il termine resta sempre di trenta giorni anche nell'ipotesi di mancata pubblicità del bando, in questo caso il *dies a quo* comincia a decorrere dalla pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione definitiva solo se lo stesso contenga le motivazioni per le quali la P.A. ha deciso di omettere la pubblicità del bando, in difetto il termine decadenziale si prolunga in sei mesi a decorrere dal giorno successivo alla stipulazione del contratto.

Orbene, a fronte della previsione contenuta nel comma 5 dell'art. 120 cpa del termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso<sup>4</sup>, il giudice amministrativo è già stato più volte chiamato a pronunciarsi sulla effettiva decorrenza del predetto termine laddove, come spesso nella pratica avviene, la comunicazione di cui all'art. 76 fosse incompleta o irregolare.<sup>5</sup>

---

1 Sulla fase cautelare si veda F.G. Scoca, *Diritto Amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2019; Id., *La fase cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 1130 ss.; Id., *Procedimento cautelare*, in *Il processo amministrativo*, a cura di A. Quaranta - V. Lopilato, Milano, Giuffrè, 2011, nonché, se si vuole, F. Aperio Bella, *La tutela cautelare*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2013. Tra i contributi monografici M.V. Lumetti, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Padova, Cedam, 2012.

2 Sul rito accelerato previsto dall'art. 120 c.p.a. cfr. F. Caringella, *Il processo dei contratti pubblici dopo il D.Lgs. n. 50/2016*, in *Manuale di Diritto Amministrativo*, XIII ed. 2020, Dike Editrice.

3 Sulla dimidiazione dei termini processuali relativi agli atti introduttivi cfr. E. Casetta, *La tutela dinanzi al giudice amministrativo- I riti speciali*, in *Manuale di Diritto Amministrativo*, XXI ed., Giuffrè Francis Lefebvre; F.G. Scoca, *Giustizia Amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2017; V. Lopilato *Manuale di Diritto Amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2020.

4 In base all'art. 120, co. 5 c.p.a.: "Per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso, principale o incidentale e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8, dello stesso decreto".

In assenza di una chiara disposizione, si è assistito a differenti orientamenti del giudice amministrativo: da quello più rigoroso che fa decorrere il termine di trenta giorni sempre dal momento della ricezione della comunicazione di cui all'art. 79 d.lg.n.163/2006 (oggi art. 76, d.lg. 50/2016)<sup>6</sup>, a quello più garantista in virtù del quale, pur riconoscendo il carattere perentorio del termine *ad impugnationem* nell'ambito del processo amministrativo, predilige tuttavia un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione di cui all'art. 120 comma 5, c.p.a., resa necessaria dal principio di tutela dell'esercizio effettivo del diritto di difesa ( art. 24 Cost.) e del consolidato principio secondo il quale solo dalla piena conoscenza dell'atto censurato inizia a decorrere il termine per la sua impugnazione.<sup>7</sup> Secondo tale orientamento “ *il dies a quo del termine impugnatorio va posticipato al momento dell'effettiva cognizione dell'effetto lesivo (e quindi al momento dell'accesso a quegli atti di gara da cui esso è reso percepibile) a meno di non voler imporre alla parte ricorrente un problematico ricorso al buio*”<sup>8</sup>.

Nel già complesso quadro sopra delineato si inserisce l'ulteriore questione, affrontata dal Tar salentino nella pronuncia qui in commento, relativa del *dies a quo* per la proposizione dei motivi aggiunti nell'ambito del rito accelerato previsto dall'art. 120 co.5 cpa.

Stando all'interpretazione *stricto sensu* letterale della disposizione, nel termine di trenta giorni il ricorrente sarebbe onerato non solo di proporre il ricorso principale, anche al buio, ma anche i motivi aggiunti necessari a far valere vizi conoscibili e/o conosciuti dal concorrente successivamente al formale accesso agli atti di gara.

Come conciliare il termine perentorio previsto all'art. 120 co.5 cpa, con i termini previsti per l'accesso agli atti? Come individuare il termine effettivo per la proposizione dei motivi aggiunti ed il *dies a quo* per la decorrenza di detto termine a

---

5 V. Cons.Stato, sez.V n. 421/2018 e n. 2796/2019. Sul *dies a quo*, relativamente a illegittimità determinatesi successivamente all'aggiudicazione, ma prima della stipula del contratto, V. Corte giust., 8 maggio 2014, causa C-161/13, che, in sostanza “riapre” i termini per agire: nel caso di specie era stata autorizzata la modifica della composizione dell'ATI dopo la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva. In argomento è di rilievo pure Corte giustizia, 12 marzo 2015, causa C-538/13.

6 Ex multis Tar Veneto – sez II- Venezia, 15/07/2019 n. 836

7 Sul tema della piena conoscenza cfr. M. Clarich, *Manuale di Diritto Amministrativo*, quarta edizione, ed. Il Mulinosi; S. De Paolis — B. Rinaldi, *Piena conoscenza ed effettività della tutela: riflessioni e attualità del pensiero dei maestri*, in Atti del convegno “L'impugnabilità degli atti amministrativi”, Giornate di studio in onore di E. Cannada Bartoli, 13-14 giugno 2008, Siena, in *giustamm.it*; L. Ferrara, *Motivazione e impugnabilità degli atti amministrativi*, in *Foro amm. Tar*, 2008, 1193; A. Reggio d'Acì, *La piena conoscenza del provvedimento amministrativo e la decorrenza del termine per la sua impugnazione*, in *Urb. app.*, 2007, 11, 1367; F. Ceglie, *La piena conoscenza e la decorrenza del termine per la proposizione del ricorso*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 5, 495; R. Damonte, *Conoscenza del provvedimento amministrativo e termini di proposizione del ricorso al giudice amministrativo*, in *Riv. giur. edil.*, 2000, 1, 1135; 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; 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, Milano, Giuffrè, 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*.

8 In tal senso Tar Lazio – sez. III – Roma, 02/08/2017 n. 9145

fronte della disciplina dettata dal 5 comma dell'art. 120 cpa e delle novità introdotte a riguardo al decreto *Sbloccacantieri*?<sup>9</sup>

Gli interrogativi sono stati approfonditi nell'ordinanza del Tar leccese qui commentata

## 1. La vicenda in breve

La ricorrente, quale impresa mandataria di un costituendo RTI, ha partecipato alla gara, per l'affidamento del servizio di informatizzazione municipale della stazione appaltante, aggiudicata alla controinteressata con determina dirigenziale del 27.05.2019, comunicata alla ricorrente in data 29.05.2019, la quale ha proposto una prima richiesta di accesso alla documentazione di gara in data 30 maggio 2019 ex art. 22 e ss L.241/90 e smi e art.53 del d.lgs. 18.04.2016 n.50, reiterata il successivo 02 luglio 2019, allorché le era stata negata l'accesso all'offerta tecnica.

Solo il 15.07.2019 la ricorrente si è vista concedere un accesso, peraltro anche questo solo parziale, che tuttavia le ha consentito, in data 31.07.2019, la proposizione del ricorso per motivi aggiunti, per una serie di ulteriori doglianze che incolpevolmente non aveva avuto la possibilità di formulare, stante l'ostinato ostracismo della s.a., al momento della notificazione del ricorso principale avvenuta il 27.06.2019. Quindi il ricorrente ha ritenuto il 15 luglio fosse il *dies a quo* dal quale calcolare il termine decadenziale di trenta giorni per la proposizione del ricorso per motivi aggiunti.

Ed è proprio il termine per la proposizione dei motivi aggiunti nei giudizi di cui all'art.119, comma 1, lettera A) ad esser stato oggetto di approfondimento dal Tar salentino considerato che l'art. 120, co. 5 c.p.a. esplicitamente riferisce il termine di trenta giorni decorrente dalla comunicazione relativa all'aggiudicazione definitiva anche alla proposizione di motivi aggiunti.<sup>10</sup>

Fino all'ordinanza qui in commento, non pare esser mai stata data rigida applicazione a tale disposizione che, nella più pedissequa delle interpretazioni, avrebbe consentito alle s.a. meno diligenti, quelle, in altri termini che autorizzano tardivamente un accesso pieno agli atti di gara, di evitare qualsiasi ricorso che non fosse di quelli c.d. "al buio".

La giurisprudenza, quindi, ha sempre interpretato l'art. 120, co. 5 c.p.a dando risalto al dato dell'effettiva conoscenza degli atti di gara, che sola consente la proposizione consapevole, nella forma del ricorso, ovvero dei motivi aggiunti, del rimedio giurisdizionale. Diversamente si rischierebbe di violare apertamente il diritto di difesa (art. 24 Cost.), che impone di ritenere che la mancata o tardiva ostensione dei documenti di gara da parte dell'amministrazione non possa impedire l'accesso alla tutela giurisdizionale, fermo restando l'onere, per l'interessato di attivarsi prontamente, specie nel settore degli appalti pubblici, per accedere ai documenti relativi al provvedimento lesivo.

---

9 Sul nuovo codice dei contratti cfr. V. Lopilato *Manuale di Diritto Amministrativo* cit.; F. Caringella, *Il processo dei contratti pubblici dopo il D.Lgs. n. 50/2016*, cit., passim.

10 Sul ricorso per motivi aggiunti cfr. V. Lopilato, *Manuale di Diritto Amministrativo* cit., cap.26- parte seconda, par.13.; F.S. Marini ed A. Storto, *Diritto Processuale Amministrativo*, 2018- La Tribuna; F. Caringella, *Manuale ragionato di Diritto Amministrativo*, Dike editrice, parte XII, cap.IV, par.4.3., A. Liberati, *Il Processo innanzi ai Tribunali Amministrativi Regionali*, Tomo I, Padova, Cedam, 2006.

Purtuttavia il Tar Lecce ha ritenuto che una tale interpretazione fosse contraria al dato letterale della norma.

## **2. Le considerazioni del Tar Lecce.**

Nell'ordinanza qui in commento, il Tar ha chiarito che i motivi aggiunti costituiscono lo strumento atto a contestare la legittimità di atti e vizi ulteriori, non conosciuti né conoscibili al momento della proposizione del ricorso ma solo successivamente all'esercizio da parte dell'interessato del diritto di accesso. In questa ottica l'art. 120 co.5 c.p.a., nella parte in cui fa decorrere il termine di trenta giorni dalla comunicazione dell'avviso di cui all'art. 79. d.lgs. n. 163/2006 anche per la proposizione dei motivi aggiunti, si pone in contrasto con l'art. 24 Cost., che impone di collegare la decorrenza del termine di decadenza per adire il Giudice alla concreta possibilità di esercitare pienamente il diritto di azione quindi, nel caso di specie, alla data in cui il ricorrente ha avuto piena conoscenza degli atti e dei vizi ulteriori che giammai avrebbe potuto conoscere al momento della proposizione del ricorso principale. Come osservano i giudici salentini *“nonostante gli sforzi profusi dalla giurisprudenza amministrativa per interpretare l'art. 120, comma 5, c.p.a., in parte qua, conformemente alla Costituzione (art. 24), ed anzi (anche) in virtù dei sopra riportati tentativi interpretativi della giurisprudenza, ad avviso meditato del Collegio, la norma in questione (nella parte in cui disciplina il termine di decorrenza per la proposizione dei motivi aggiunti), a causa del proprio univoco tenore letterale (che non ammette eccezioni) e dei correlati e definitivi effetti preclusivi/ decadenziali, non sfugge ai prospettati forti dubbi di incostituzionalità per violazione del diritto di difesa e del principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 della Costituzione (e ciò anche ove la si interpretasse secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato sopra richiamata, che tenta di mitigare la rigidità della disposizione di cui trattasi).”*<sup>11</sup>

Il Tar salentino ha posto l'accento sulla questione relativa alla interpretazione costituzionalmente orientata della norma.

Se è vero, infatti, che il giudice deve interpretare la legge in conformità ai principi costituzionali, applicando direttamente la Costituzione laddove ciò fosse possibile e, quindi, trovando un significato della lettera della legge che assicuri maggiore conformità alla lettera ed allo spirito della Costituzione, è pur vero che non si può arrivare a travalicare la lettera della legge sino a disapplicarla.

Inoltre, sebbene l'art. 120.co.5, in riferimento al termine per la proposizione dei motivi aggiunti, si pone in evidente contrasto anche con i principi di effettività del ricorso giurisdizionale nella materia degli appalti delineati dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, il giudice *a quo* non può fare ricorso al potere di disapplicazione delle norme interne in contrasto con il diritto euro unitario. Manca, infatti, a giudizio del Tar *“una norma (processuale) euro-unitaria self executing che possa trovare applicazione in luogo della norma interna da disapplicare”*.<sup>12</sup>

Alla luce della problematiche sopra evidenziate e dei contrasti giurisprudenziali che non permettono una definizione chiara ed univoca della questione, il Tar salentino ha ritenuto di sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 120 co.5 c.p.a. nella parte in cui fa decorrere il termine di trenta giorni per la proposizione dei motivi aggiunti dalla ricezione della comunicazione dell'aggiudicazione di cui all'art.79,

---

<sup>11</sup>Tar Puglia sez. di Lecce, III, 02 marzo 2020, ord. n. 297

<sup>12</sup> Cfr. ord. 297/2020 del Tar Lecce. Sul rapporto tra processo amministrativo e diritto comunitario cfr. E. Picozza, *Processo Amministrativo e Diritto Comunitario*, seconda edizione, Padova, Cedam; M.P. Chiti e G. Greco, *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, Milano, Giuffrè, 2017,

d.lgs.n. 163 del 2006, per contrasto con il diritto di difesa e il principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost., in quanto, equiparando il termine per la proposizione dei motivi aggiunti a quello per la proposizione del ricorso, impedisce di fatto la tutela giurisdizionale della parte ricorrente avverso i vizi di legittimità del provvedimento di aggiudicazione rivelati dagli atti e dai documenti successivamente conosciuti a seguito di istanza di accesso.<sup>13</sup>

### 3. Riflessioni a margine della pronuncia.

La *quaestio juris* sulla quale il Tar Lecce ha chiesto che si esprima la Suprema Corte delle Leggi è stata di recente affrontata dalla giurisprudenza dei Tar e del Consiglio di Stato, ma giammai ha avuto una univoca soluzione, almeno dall'entrata in vigore del c.d. *Decreto Sbloccacantieri*.

Procedendo in ordine, non può esimersi dal rilevare come sia noto l'orientamento giurisprudenziale precedente, quello sorto sotto il vigore dell'art. 79, comma 5, d.lgs. 163/2006 per il quale: *“il termine di trenta giorni per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione non decorre sempre dal momento della comunicazione di cui all'art. 79, comma 5, del d.lgs. 163/2006, ma può essere incrementato di un numero di giorni pari a quello necessario affinché il soggetto (che si ritenga) leso dall'aggiudicazione possa avere piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di illegittimità ove questi non siano oggettivamente evincibili dalla comunicazione”*<sup>14</sup> *“poiché detta disposizione consente la visione ed estrazione di copia dei documenti di gara entro dieci giorni dalla comunicazione, il termine per l'impugnazione può essere prorogato al massimo di dieci giorni rispetto a quello decorrente dalla comunicazione (e deve essere correlativamente ridotto nelle ipotesi in cui, effettuato l'accesso agli atti della gara, la relativa documentazione sia stata resa disponibile in un termine inferiore rispetto a quello di dieci giorni); - se la parte ha già proposto ricorso avverso l'aggiudicazione, può proporre motivi aggiunti, ai sensi dell'art. 43, cod. proc. amm., nell'ulteriore termine, che può essere al massimo di dieci giorni, per vizi rilevati dagli atti successivamente conosciuti attraverso l'accesso agli atti;”*<sup>15</sup>

È altresì noto come tale orientamento abbia continuato a trovare una qualche applicazione anche dopo l'entrata in vigore del vigente codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 50 del 2016, il cui art. 76, a differenza del previgente art. 79 del d.lgs. n. 163/2006, non prevede una procedimentalizzazione dell'accesso agli atti di gara e dei tempi entro cui tale accesso è consentito.<sup>16</sup>

La *vexata quaestio* è stata affrontata e risolta oltre che alla luce dell'attuale sistema normativo nazionale, in ossequio ai principi generali rinvenienti dalla giurisprudenza dell'Unione europea in tema di diritto di difesa e di quello nazionale in ossequio al principio di effettività (art. 1 cpa).

In sostanza, la stazione appaltante, nella comunicazione con la quale rende nota l'avvenuta aggiudicazione, è tenuta a esporre le ragioni che hanno condotto a preferire quell'offerta, ovvero, in alternativa, ad allegare i verbali della procedura.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> Sul rito speciale in materia di accesso cfr. S. Cassese, *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2015; A.Liberati, *Il Processo innanzi ai Tribunali Amministrativi Regionali*, Tomo II, Padova, Cedam

<sup>14</sup> Cfr. Cons. Stato, V, n. 592/2017

<sup>15</sup> Cfr. Consiglio di Stato sez. III, 6/3/2019, n.1540

<sup>16</sup> Cfr. Consiglio di Stato sez. V, 13/8/2019, n.5717

<sup>17</sup> Sulla comunicazione ex art. 76 d.lgs. 50/2016 Cfr. E. Casetta, *La tutela dinanzi al giudice amministrativo- I riti speciali*, in *Manuale di Diritto Amministrativo*, XXI ed., Milano, Giuffrè, parte II, cap. X, sez.II, par. 23.

Se la stazione appaltante trasmette una comunicazione incompleta, nella quale, cioè, non sono specificate le ragioni di preferenza o alla quale non sono allegati i verbali di gara, così come se, pur in presenza di comunicazione esaustiva e completa degli atti richiesti, è indispensabile conoscere gli elementi tecnici dell'offerta dell'aggiudicatario per aver chiare le ragioni che hanno spinto a preferirla, l'impresa concorrente potrà richiedere di accedere agli atti della procedura.

La necessità di procedere all'accesso ai documenti per poter avere piena conoscenza della motivazione del provvedimento e degli atti endo - procedimentali che l'hanno preceduto non sospende la decorrenza del termine ordinario di impugnazione<sup>18</sup>.

Come affermato dal Consiglio di Stato *“i principi di effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost., e art. 1 Cod. proc. amm.), così come enucleati anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea<sup>19</sup> (...) tuttavia, portano a ritenere che, qualora la stazione appaltante rifiuti illegittimamente di consentire l'accesso (ovvero, in qualunque modo tenga una condotta di carattere dilatorio), il potere di impugnare non “si consuma” con il decorso del termine di legge, ma è incrementato di un numero di giorni necessari alla effettiva acquisizione dei documenti stessi (cfr. Cons. Stato, sez. III, 6 marzo 2019, n. 1540; sez. III, 14 gennaio 2019, n. 349; sez. V, 5 febbraio 2018, n. 718; sez. III, 22 luglio 2016, n. 3308).”*<sup>20</sup>

Siffatta necessità tuttavia, non deve avere ricadute sullo svolgimento delle procedure di gara di guisa che è oramai da tutti condivisa l'esigenza per la quale tanto per la proposizione di motivi aggiunti quanto per la notifica del ricorso, non è possibile consentire al concorrente di procrastinare *ad libitum* l'accesso<sup>21</sup> e quindi far decorrere poi dal suo concreto esercizio il termine per impugnare gli atti di una pubblica gara.

Laddove, infatti, fosse ammesso un differimento del termine per impugnare senza precisi limiti temporali, l'azione amministrativa sarebbe esposta all'inconveniente di poter essere in ogni tempo sindacata in sede giurisdizionale semplicemente differendo l'accesso agli atti di gara.<sup>22</sup>

Sotto tale profilo può esser ben apprezzata l'esigenza avvertita dalla curia leccese visto che l'art. 120, co. 5 c.p.a., esplicitamente riferisce il termine di trenta giorni decorrente dalla comunicazione relativa all'aggiudicazione definitiva anche alla proposizione di motivi aggiunti.

Le esigenze da conciliare sono chiare.

Da un lato, quella del ricorrente che in tanto può esercitare effettivamente e pienamente il proprio diritto di difesa, se ed in quanto abbia una cognizione altrettanto piena ed effettiva degli atti di gara che saranno oggetto delle proprie censure.

Dall'altro, l'esigenza della s.a. di portare a termine nel minor tempo possibile la gara.

Da ultimo, l'esigenza dell'aggiudicatario e quindi il suo affidamento nel confidare nella certezza dei rapporti con la p.a. che non possono esser sottoposti ad una condizione sospensiva indeterminata, per di più dipendente dai propri avversari, concorrenti non risultati vincitori della gara, e dalla loro decisione di scegliere il momento per loro più

---

18Ex multis, Cons. Stato, IV, 21 marzo 2016, n.1135; V, 15 gennaio 2013, n. 170; V, 5 novembre 2012, n. 5588; III, 13 maggio 2012, n. 2993; IV, 2 settembre 2011, n. 4973; V, 25 luglio 2011, n. 4454

19 Cfr. Corte di Giustizia UE, sentenza 8 maggio 2014, in C-161/13 Idrodinamica Spurgo

20 Così testualmente, Cons. Stato, V, 03 aprile 2019, n. 2190

21 Sull'accesso agli atti nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici cfr. L. Minervini, *Accesso agli atti e procedure di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici*, in *Foro Amministrativo* (II), Fasc.5, 2019, pag.949

22 Sui limiti dell'accesso nei procedimenti di appalto cfr. T.Rossi, *I limiti dell'accesso civico generalizzato nei procedimenti di appalto delle Pubbliche Amministrazioni*, in *lamministrativista.it*, 3 maggio 2019, nota a Tar Milano - sez IV-11 gennaio 2019 n. 45

conveniente in cui azionare il proprio diritto di accesso e conseguenzialmente ricorrere.

La necessità del contemperamento delle esigenze testè citate è stata avvertita dal giudice amministrativo il quale si è già orientato per una soluzione che appare più che condivisibile e che riesce a coordinare tutte le esigenze coinvolte appena riferite, prima fra tutte quella del ricorrente e del suo diritto di difesa, inteso non come vuoto simulacro ma declinato in osservanza del principio di effettività, ma anche nel rispetto dell'interesse della s.a. di concludere il più rapidamente possibile una procedura di gara mai prescindendo dalla constatazione che, se realmente le s.a. avessero avuto come obiettivo la rapida definizione delle loro gare, sarebbero state più attente, ma soprattutto tempestive nell'ostendere gli atti di quelle procedure senza imporre ai candidati risultati non aggiudicatari defatiganti procedimenti di accesso.

Significativa, in tal senso, una pronuncia del Tar Sicilia che afferma che *“una rigida applicazione di tale disposizione (...), tuttavia, rischierebbe di porsi in contrasto con il diritto di difesa (art. 24 Cost.), che impone di ritenere che la mancata o tardiva ostensione dei documenti di gara da parte dell'amministrazione non possa impedire l'accesso alla tutela giurisdizionale; fermo restando l'onere, per il privato, di attivarsi prontamente, specie nel settore degli appalti pubblici, per accedere ai documenti relativi al provvedimento lesivo”*.<sup>23</sup>

In applicazione dei principi appena esposti, nella fattispecie al vaglio del Tar salentino, i motivi aggiunti proposti dalla ricorrente sarebbero stati più che tempestivi: dal termine di trenta giorni decorrente dall'accesso agli atti (intervenuto il 15 luglio 2019), non andrebbe, infatti, sottratto nulla, nemmeno un giorno, visto che la Determina Dirigenziale del Comune di aggiudicazione definitiva, pubblicata il 28/05/2019, è stata trasmessa via pec il 29/05/2019 ed essendo illeggibile ritrasmessa, finalmente visibile, il 31/05/2019, quindi la proposizione dell'istanza di accesso ex art. 22 L.241/90 trasmessa via pec il 30/5/2019 è avvenuta il primo giorno utile dalla conoscenza del provvedimento lesivo senza che sia intercorso vanamente nemmeno un giorno, lasciando integri i trenta giorni a disposizione per la proposizione dei motivi aggiunti che sono stati proposti il 31 luglio 2019 quindi più che tempestivamente.

Al fine di valutare la tempestività del ricorso e, di conseguenza, dei motivi aggiunti, il giudice amministrativo pone particolare importanza alla condotta, spesso dilatoria, tenuta dalla s.a.

Come ha osservato, sul punto, il Consiglio di Stato nella pronuncia del 31 ottobre 2018, n. 6187 *“L'art. 79 cit., al comma 5, impone alla stazione appaltante di comunicare l'aggiudicazione definitiva, tra gli altri, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni.*

*(...) In caso di proposizione del ricorso introduttivo del giudizio avverso l'aggiudicazione oltre il termine di 30 giorni previsto dall'art. 120, comma 5, Cod. proc.*

---

<sup>23</sup> TAR Sicilia, II, 16 ottobre 2019, n. 2404 che precisa *“Il Collegio, dunque, ritiene che la questione possa essere risolta nei seguenti termini. Il termine di trenta giorni di cui al citato comma 5 opera senza deroghe con riferimento al provvedimento di aggiudicazione definitiva, che il concorrente dovrà impugnare con il ricorso introduttivo; quanto ai motivi aggiunti, con i quali far valere vizi ulteriori degli atti di gara, il termine in questione deve decorrere dalla conoscenza di tali atti, che siano resi disponibili dalla stazione appaltante. Da tale termine, tuttavia, va sottratto il tempo intercorrente tra la conoscenza dell'atto lesivo (provvedimento di aggiudicazione definitiva) e la proposizione dell'istanza di accesso di accesso agli atti: il tempo che il privato abbia impiegato per l'esercizio del diritto di accesso, invero, non può valere quale immotivata proroga del termine di legge.”*

*amm., pertanto, occorre verificare, per la tempestività del ricorso, se la comunicazione dell'aggiudicazione fosse completa; qualora sia incompleta, se la parte interessata abbia presentato tempestiva istanza di accesso ai documenti per acquisire gli elementi necessari all'impugnazione; in caso di tempestiva istanza, quale condotta abbia tenuto l'amministrazione ovvero se essa abbia fornito o meno un accesso completo e in tempo debito*"<sup>24</sup>

Laddove, quindi, l'amministrazione abbia tenuto una condotta dilatoria, la giurisprudenza perviene alla conclusione che il termine di impugnazione debba differirsi del tempo necessario all'acquisizione della documentazione richiesta con l'istanza di accesso.

In tal senso si è pronunciato di recente il Consiglio di Stato, sez.V, 03 aprile 2019, n. 2190 affermando testualmente che *"Dei predetti principi va fatta applicazione nell'odierno giudizio: è pacifico tra le parti che la comunicazione di aggiudicazione fosse incompleta e, che, dunque, l'A.t.i. ricorrente avesse necessità di accedere ai documenti componenti l'offerta tecnica dell'aggiudicatario per proporre motivata impugnazione [...] Risulta dagli atti di causa che l'istanza di accesso ai documenti amministrativi è stata tempestivamente proposta poiché presentata il giorno stesso in cui era ricevuta comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione [...] allo stesso modo è provato che l'amministrazione ha consentito l'accesso ai documenti solamente [...] dopo quasi trenta giorni dalla presentazione dell'istanza e in seguito alla presentazione di due solleciti."*<sup>25</sup>

Non v'è ombra di dubbio, quindi, che univocamente la giurisprudenza abbia ritenuto necessario aumentare il termine di trenta giorni, legislativamente previsti, per ricorrere o proporre motivi aggiunti, senza pervenire alla medesima unitarietà in ordine al numero di giorni da incrementare.

Venuto meno quello di dieci giorni, a parere di chi scrive, immotivatamente utilizzato, come già riferito, anche dopo l'entrata in vigore del vigente codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 50 del 2016, si è ritenuto di portare i vecchi dieci giorni a quindici, poiché quindici sono i giorni previsti dal secondo comma dell'art.76 come termine massimo per la s.a. per rispondere alla richiesta scritta dell'offerente o del candidato interessato che chieda informazioni.

Questo termine non convince assolutamente.

Anzitutto perché un termine previsto dal Legislatore a carico della stazione appaltante e, ponendolo *tout court* a carico del ricorrente, diventa nei suoi confronti pregiudizievole e premiante rispetto le s.a. meno diligenti.

Vero è, infatti, che laddove l'amministrazione fosse ligia ed ossequiosa al proprio obbligo di completezza delle informazioni congiunte alla notizia della aggiudicazione, il ricorrente avrebbe trenta giorni per esercitare con piena effettività il proprio diritto di difesa; laddove, invece, come pare esser accaduto nella fattispecie in commento, avesse serbato un ostinato ostracismo all'accesso, il ricorrente, consumati inutilmente i trenta giorni in un ricorso al buio, utile solo a non prestare acquiescenza all'altrui aggiudicazione, avrebbe solo quindici giorni a disposizione.

Ovviamente quanto precede non nel caso in cui la richiesta di informazioni sia avvenuta e soprattutto sia stata concessa ex art. 76 del cpa.

Avrebbe fatto più piacere, quindi, dipanare per sempre e definitivamente ogni dubbio in ordine ai rapporti tra qualificazione della richiesta e termini per la proposizione dei motivi aggiunti ma tanto non appare esser stata una esigenza del Tar remittente.

Convince, invece, la soluzione del TAR Sicilia, II, 16 ottobre 2019, n. 2404, equilibrata nella ripartizione delle conseguenze a carico del ricorrente, nella considerazione del

<sup>24</sup> Cons. Stato, 31 ottobre 2018, n. 6187

<sup>25</sup>Così Cons. di Stato,V, 03 aprile 2019, n. 2190

termine utilizzato per proporre l'accesso, e delle s.a., nello *spatium delibandi* per la sua ostensione, ma ritenuta dal Tar Lecce “minoritaria” soprattutto perché passata in giudicato in assenza del vaglio dei giudici di Palazzo Spada.

Nell'ordinanza, quindi, pare non esser stato dato sufficiente risalto alla qualificazione dell'accesso richiesto dalla ricorrente e alle problematiche connesse.

La qualificazione dell'istanza di accesso operata dall'istante assume, infatti, un'importanza fondamentale in relazione alle conseguenze di tale qualificazione comporta come ha avuto modo di evidenziare il Consiglio di Stato, sez.V, nella recente pronuncia del 20 aprile 2019, n.1817 nella quale chiarisce che: *“la coesistenza di più modelli legali di accesso comporta una prima conseguenza, di ordine procedurale, ed anche processuale, concernente la qualificazione dell'istanza di accesso, in prima battuta, da parte dell'amministrazione interpellata e, quindi, da parte del giudice chiamato a pronunciarsi sul diniego o sul silenzio.*

*Nel caso in cui l'opzione dell'istante sia espressa per un determinato modello, resta precluso alla pubblica amministrazione - fermi i presupposti di accoglibilità dell'istanza - di diversamente qualificare l'istanza stessa al fine di individuare la disciplina applicabile; in correlazione, l'opzione preclude al privato istante la conversione in sede di riesame o di ricorso giurisdizionale (cfr., per l'inammissibilità dell'immutazione in corso di causa dell'actio ad exhibendum, pena la violazione del divieto di mutatio libelli e di ius novorum (cfr. Consiglio di Stato sez. IV, 28/03/2017, n.1406)”<sup>26</sup>.*

Nel caso che ci occupa, in data 30.05.2019 la ricorrente nella sua istanza di accesso ha formalizzato un riferimento esplicito alle disposizioni normative di cui all'art. 22 della L.241 del 1990 e dell'art. 53, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Ne discende quindi, che l'istante ha qualificato formalmente il diritto di accesso che stava esercitando come accesso “ordinario” agli atti di gara (ex art.li 22 della L.241 del 1990 e 53, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), e non invece, come accesso “semplificato” di cui all'art. 76, comma 2, d.lgs. n. 50 cit..

Pertanto, in disparte dalla appena riferita assoluta intangibilità della qualificazione dell'esercizio del proprio diritto effettuata dall'interessato, quella medesima qualificazione è stata riconosciuta dalla stessa stazione appaltante che si è ben guardata dal concedere nessuno degli accessi richiesti nel termine di 15 giorni.

L'Amministrazione resistente, quindi, non ha mai dimostrato di voler consentire un accesso del tutto deformalizzato e semplificato.

Anzi ha ostacolato in ogni modo l'esercizio del diritto tracciando ben oltre il solco tracciato dalla L.241/90.

Sul punto vale la pena di richiamare una pronuncia del Consiglio di Stato che ha affrontato la questione della tempestività dei motivi aggiunti, qualora la possibilità di conoscere i contenuti dell'offerta (e prospettare i vizi della relativa valutazione) sia derivata soltanto dall'accesso agli atti assicurato dall'art. 79 del d.lgs. 163/2006.

Nel solco dei principi affermati dalla Corte di Giustizia UE (cfr. in particolare, la sentenza 8 maggio 2014, in C-161/13), il Consiglio di Stato ha affermato i seguenti principi:

- il termine di trenta giorni per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione non decorre sempre dal momento della comunicazione di cui all'art. 79, comma 5, del d.lgs. 163/2006, ma può essere incrementato di un numero di giorni pari a quello necessario affinché il soggetto (che si ritenga) leso dall'aggiudicazione possa avere piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di illegittimità ove questi

<sup>26</sup>Così Cons. di Stato ,V, 20 aprile 2019, n.1817

non siano oggettivamente evincibili dalla comunicazione (cfr. Cons. Stato, V, n. 592/2017):

- poiché detta disposizione consente la visione ed estrazione di copia dei documenti di gara entro dieci giorni dalla comunicazione, il termine per l'impugnazione può essere prorogato al massimo di dieci giorni rispetto a quello decorrente dalla comunicazione (e deve essere correlativamente ridotto nelle ipotesi in cui, effettuato l'accesso agli atti della gara, la relativa documentazione sia stata resa disponibile in un termine inferiore rispetto a quello di dieci giorni);

- se la parte ha già proposto ricorso avverso l'aggiudicazione, può proporre motivi aggiunti, ai sensi dell'art. 43, cod. proc. amm., nell'ulteriore termine, che può essere al massimo di dieci giorni, per vizi rilevati dagli atti successivamente conosciuti attraverso l'accesso agli atti;

- inoltre (cfr. Cons. Stato, III, n. 3308/2016), qualora la stazione appaltante rifiuti illegittimamente di consentire l'accesso, il termine non inizia a decorrere e il potere di impugnare non si “consuma”, in quanto il termine di impugnazione comincia a decorrere solo a partire dal momento in cui l'interessato abbia avuto cognizione degli atti della procedura (cfr. Cons. Stato, V, n. 4144/2015; III, n. 5121/2011); in altri termini, in caso di comunicazione omessa o incompleta, la conoscenza utile ai fini decorrenza di quel termine coincide con la cognizione comunque acquisita degli elementi oggetto della comunicazione (cfr. Cons. Stato, III, n. 25/2015), eventualmente acquisita in sede di accesso, senza che sia necessaria l'estrazione delle relative copie (cfr. Cons. Stato, V, n. 1250/2014).

Alla luce dei principi testè riportati il Supremo Collegio conclude nel senso che “*anche nel caso in esame la comunicazione dell'aggiudicazione non indicava “le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata”, e nel verbale conclusivo della verifica di congruità dell'offerta è stata sì esternata la valutazione effettuata, ma in relazione ad una descrizione dei contenuti dell'offerta sintetica e parziale. Così da rendere necessario l'accesso agli atti da parte di SO.GE.SI., rispetto al quale la stazione appaltante ha ritenuto di applicare la procedura ordinaria di cui agli artt. 22 e ss. della legge 241/1990 e non, invece, quella accelerata e semplificata prevista dall'art. 79, comma 5-quater, del d.lgs. 163/2006. Tale scelta ha comportato il superamento del termine di quaranta giorni (trenta giorni ordinari cui si aggiungono i dieci per l'accesso), che deve ritenersi imputabile alla stazione appaltante, e pertanto idoneo a rendere tempestivi i motivi aggiunti.*”<sup>27</sup>

Non v'è chi non veda, quindi, come il particolare rito accelerato previsto per gli appalti debba comunque essere letto in combinato disposto con le norme regolatrici del diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici i cui limiti oggettivi del diritto sono espressamente perimetrati mediante il rinvio agli artt. 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 e, quindi, mediante la fissazione delle deroghe del comma 2 (che elenca ipotesi di mero differimento) e del comma 5 (che elenca diverse ipotesi di esclusione assoluta ed un'ipotesi di esclusione relativa - quest'ultima dovuta all'eccezione alla lettera “a” posta dal comma 6).

Laddove, pertanto, l'istante abbia specificatamente qualificato la propria istanza di accesso come proposta ai sensi e per gli effetti dell'art. 22 e seguenti della l.241/90, ne consegue che il richiamo testuale alla disciplina testè richiamata vada inteso come “rinvio alle condizioni, modalità e limiti fissati dalla normativa in tema di accesso documentale, che devono sussistere ed operare perché possa essere esercitato il

---

27 Cfr. testualmente, Cons. Stato, III, 06/03/2019, n. 1540 cit.

diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici.”<sup>28</sup>

Del resto la proponibilità dell'istanza di accesso ex art. 22 e ss. della legge 7 agosto 1990, n. 241 anche nell'ambito delle gare ed in riferimento a segreti tecnici o commerciali è stato di recente espressamente previsto dal Tar Molise nella sentenza n. 332/2019: “tratti di specialità rispetto alla disciplina generale di cui agli artt. 22 e ss. della legge 7 agosto 1990, n. 241, prevede che l’accesso agli atti della gara sia azionabile anche relativamente alle informazioni fornite nell’ambito dell’offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell’offerente, segreti tecnici o commerciali, laddove sia finalizzato alla difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto; ne consegue, quindi, che la prevalenza del diritto a conoscere atti ed informazioni concernenti segreti tecnici e /o commerciali deve essere riconosciuta proprio nei casi in cui l’istante ricorra avverso gli atti della procedura di gara; invero la partecipazione alle gare di appalto pubbliche comporta l’accettazione implicita da parte del concorrente delle regole di trasparenza ed imparzialità che caratterizzano la selezione, fermo restando l’obbligo tassativo per il richiedente l’accesso di utilizzare i documenti acquisiti esclusivamente per la cura e la difesa dei propri interessi giuridici”<sup>29</sup>

Alla luce delle considerazioni sin qui esposte risulta evidente come, nonostante più di qualche precedente, finanche euro unitario, il Tar Lecce abbia ritenuto esser arrivato il momento di devolvere la questione al vaglio della Corte Costituzionale, sicuramente interpretando l'esigenza di una pronuncia certa che non sia affidata di volta in volta agli equilibrismi ermeneutici del collegio chiamato a risolvere il caso concreto, ma che, nella perdurante inerzia del Legislatore, si esprima definitivamente su una questione così rilevante e di primaria importanza nel quotidiano esercizio di diritti costituzionalmente garantiti.

---

28 Cfr. testualmente, Cons. Stato, V, 02/08/2019, n. 5503

29 T.A.R. Campobasso, (Molise) sez. I, 10/10/2019, n.332

