

4. La decorrenza del termine per impugnare i provvedimenti di ammissione e di esclusione

4.1. La distinzione (non più rilevante) tra le ammissioni/esclusioni disposte all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali e quelle adottate in diverse fasi della procedura

Per quanto concerne il termine per l'impugnazione delle ammissioni e delle esclusioni, occorre dar conto di una problematica che si era posta prima che il d.l. n. 32/2019 abrogasse il rito super-accelerato di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a.

Nel periodo di vigenza di tale *sub-rito*, ai fini dell'individuazione del *dies a quo* del relativo termine di impugnazione, occorreva infatti distinguere tra i provvedimenti di ammissione e di esclusione adottati all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali (che seguono un regime del tutto peculiare) da quelli adottati in diverse fasi della procedura e sulla base di differenti presupposti.

Da un lato, i provvedimenti che determinavano le esclusioni dalle procedure di affidamento (e le ammissioni ad esse) all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali dovevano essere impugnati nel termine di trenta giorni, decorrente dalla loro pubblicazione sul profilo del committente, ai sensi dell'art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, nella formulazione vigente a quel tempo; l'omessa impugnazione entro tali termini precludeva la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. La novità – introdotta nel codice processuale dall'art. 204 del d.lgs. n. 50/2016 – non concerneva esclusivamente il *dies a quo* del decorso del termine di impugnazione, bensì riguardava la previsione di un *sub-rito* specifico per tale tipologia di atti.

Dall'altro lato, seguivano l'ordinario regime di impugnazione del rito appalti tutti gli altri provvedimenti di esclusione (e di ammissione), diversi da quelli ricadenti nell'ambito di applicazione del *sub-rito* speciale ex art. 120, comma 2-bis, c.p.a., che dovevano essere impugnati congiuntamente al provvedimento di aggiudicazione della procedura.

4.2. Il peculiare regime impugnatorio delle ammissioni/esclusioni rientranti nell'ambito applicativo dell'ormai abrogato rito processuale super-accelerato

Posto che – nel periodo di vigenza del rito super-accelerato – il termine per l'impugnazione dei provvedimenti di esclusione e di ammissione adottati all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali decorreva dalla loro pubblicazione sul profilo del committente realizzata ai sensi

dell'art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, occorre analizzare attentamente il testo dell'art. 29 del Codice, così come novellato dal d.lgs. n. 56/2017, nella versione precedente rispetto all'entrata in vigore del d.l. n. 32/2019.

A tal proposito, si evidenzia che per il decorso del termine di impugnazione non era sufficiente la mera 'pubblicazione' sul sito istituzionale della P.A., atteso che l'art. 29, d.lgs. n. 50/2016, si premurava di precisare che *"il termine per l'impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione"*³².

Pertanto, affinché il relativo termine di impugnazione potesse iniziare a decorrere, occorre che (i) il provvedimento di esclusione (o ammissione), oltre ad essere pubblicato, fosse anche corredato di motivazione, e che (ii) gli atti relativi alla procedura fossero *concretamente* resi *disponibili* agli interessati³³.

Era stato opportunamente precisato come la decorrenza del termine di proposizione del ricorso di cui all'ormai abrogato comma 2-bis dell'art. 120 c.p.a., fosse subordinata *unicamente* alla sussistenza dei presupposti indicati da tale disposizione (ossia all'avvenuta pubblicazione ai sensi dell'art. 29, d.lgs. n. 50/2016), senza che potessero rivestire alcuna rilevanza le tempistiche di assolvimento degli obblighi di comunicazione gravanti sulle stazioni appaltanti ai sensi dell'art. 76, d.lgs. n. 50/2016, i quali non erano ritenuti idonei *"né a riaprire i termini di impugnazione, né a fungere da succedaneo al mancato rispetto degli adempimenti prescritti dalla disposizione"*³⁴.

³² Cfr. Tar Valle d'Aosta, 23 aprile 2019, n. 22.

³³ Per quanto concerne le modalità di 'concreta messa a disposizione' idonee a far decorrere il termine di impugnazione, si veda M. LIPARI, *La decorrenza del termine di ricorso nel rito superspeciale di cui all'art. 120, co. 2-bis e 6-bis, del CPA: pubblicazione e comunicazione formale del provvedimento motivato, disponibilità effettiva degli atti di gara, irrilevanza della "piena conoscenza"; l'ammissione conseguente alla verifica dei requisiti*, in www.giustizia-amministrativa.it, 17 dicembre 2018.

³⁴ Cfr. M. LIPARI, *La decorrenza del termine di ricorso nel rito superspeciale di cui all'art. 120, co. 2-bis e 6-bis, del CPA: pubblicazione e comunicazione formale del provvedimento motivato, disponibilità effettiva degli atti di gara, irrilevanza della "piena conoscenza"; l'ammissione conseguente alla verifica dei requisiti*, in www.giustizia-amministrativa.it, 17 dicembre 2018. Secondo il medesimo Autore, le comunicazioni effettuate dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 76, d.lgs. n. 50/2016, assumono invece rilevanza con riferimento al decorso del termine per impugnare i provvedimenti di aggiudicazione, a patto che presentassero un contenuto *minimo* idoneo a descrivere chiaramente le ragioni della determinazione dell'amministrazione. In termini, si veda Tar Lazio, Roma, Sez. V, 5 gennaio 2018, n. 107, secondo cui il termine per ricorrere contro l'aggiudicazione definitiva decorre dalla comunicazione di cui all'art. 76, comma 5, lett. a), d.lgs. n. 50/2016 *"soltanto di fronte ad una comunicazione della stazione appaltante che in termini chiari e univoci, risulti idonea a portare a conoscenza della destinataria l'aggiudicazione definitiva dell'appalto"*, senza che – limitatamente al provvedimento di aggiudicazione – ai fini del decorso del relativo termine di impugnazione possa rivestire alcuna rilevanza la presenza del rappresentante dell'operatore economico del ricorrente in sede di gara (in tal senso, si v. Tar Veneto, Sez. III, 20 giugno 2017, n. 584).

Tutto ciò comportava inevitabilmente che l'assolvimento dell'obbligo di pubblicazione di cui all'art. 29, d.lgs. n. 50/2016 (nella versione precedente all'entrata in vigore del d.l. n. 32/2019) fosse considerato quale condizione di operatività per l'applicabilità del nuovo *sub-rito*³⁵.

4.3. Rito processuale super-accelerato e rilevanza della 'piena conoscenza'

Nel periodo di vigenza del rito super-accelerato, la giurisprudenza si era più volte trovata a doversi pronunciare sulla decorrenza del termine per proporre le impugnazioni delle esclusioni e delle ammissioni alle procedure di gara.

In modo particolare, ci si era interrogati sulla possibile rilevanza della *piena conoscenza* dei provvedimenti di esclusione/ammissione, ai fini della decorrenza del relativo termine di impugnazione nel rito *superspeciale*, quale presupposto alternativo alla effettuazione degli adempimenti previsti dalla disciplina positiva.

Sul punto, si era evidenziata *"una tendenza volta a riconoscere senz'altro, in linea di principio, la rilevanza della piena conoscenza dell'atto lesivo, anche nel rito appalti 'generico', di cui all'art. 120, in conformità, del resto, alla esplicita previsione del comma 5, ma con una progressiva limitazione del suo concreto campo di applicazione, avvenuta in più direzioni"*³⁶.

Senonché, l'applicabilità del principio della piena conoscenza (dell'ammissione/esclusione) ai fini del decorso del termine di impugnazione presupponeva un particolare rigore nell'accertamento della sussistenza del requisito, in quanto occorreva considerare (i) sia la specialità della normativa dettata dall'abrogato art. 120, comma 2-bis, c.p.a., (ii) sia i presupposti alla cui ricorrenza lo stesso legislatore aveva ricondotto il decorso del termine per l'impugnazione, che – di norma – inizia a decorrere solo dopo la pubblicazione, ai sensi dell'art. 29, d.lgs. n. 50/2016³⁷.

³⁵ Cfr. Cons. St., Sez. III, 20 marzo 2018, n. 1765.

³⁶ M. LIPARI, *La decorrenza del termine di ricorso nel rito superspeciale di cui all'art. 120, co. 2-bis e 6-bis, del CPA: pubblicazione e comunicazione formale del provvedimento motivato, disponibilità effettiva degli atti di gara, irrilevanza della "piena conoscenza"; l'ammissione conseguente alla verifica dei requisiti*, op. cit.

³⁷ In termini, Cons. St., Sez. III, n. 5765/2018, Cons. St., Sez. V, 23 marzo 2018, n. 1843, nonché Cons. St., Sez. III, n. 1902/2018, e Tar Campania, Napoli, Sez. IV, 28 agosto 2018, n. 5292. In particolare, secondo quest'ultima pronuncia, l'onere di ordinaria diligenza nell'acquisire la documentazione da parte del soggetto interessato all'impugnazione della procedura non può prevalere sugli obblighi imposti appositamente dal legislatore in capo alla stazione appaltante. Pertanto, la comunicazione 'ufficiale' in seduta pubblica delle imprese le cui offerte fossero state ammesse al prosieguo della procedura non avrebbe potuto sortire l'effetto di surrogare tale avviso agli incombenti di cui all'art. 29, d.lgs. n. 50/2016 nella formulazione a quel tempo vigente, pur se avvenuta alla presenza dei rappresentanti dell'impresa che successivamente abbia agito in giudizio, anche in ragione del fatto che se dalla irrituale enunciazione resa in sede di seduta di gara si fosse fatto derivare in capo alle concorrenti l'onere di accedere agli atti della procedura per procedere alla contestazione del provvedimento di

Da ciò conseguiva che il principio della piena conoscenza acquisita *aliunde* potesse applicarsi solo ove vi fosse una concreta prova dell'effettiva conoscenza degli atti di gara, acquisita in data anteriore alla pubblicazione o comunicazione degli atti della procedura di gara. Pertanto, non poteva ritenersi sufficiente a far decorrere l'onere di impugnare il provvedimento di ammissione alla gara la mera presenza di un rappresentante della ditta alla seduta in cui fosse stata decretata l'ammissione, in mancanza della specifica prova sulla percezione immediata ed effettiva di tutte le irregolarità che, ove sussistenti, avrebbero potuto inficiare le relative determinazioni³⁸.

Allo stesso tempo, secondo un orientamento giurisprudenziale non pienamente consolidato ma comunque meritevole di considerazione, la presenza del rappresentante dell'operatore economico alla seduta di gara sarebbe invece stata sufficiente a far decorrere il termine di impugnazione (solamente) con riferimento al provvedimento (non già di altrui ammissione, ma) di esclusione dell'operatore economico medesimo, poiché solo in tale circostanza la parte avrebbe avuto, sin da quel momento, la piena conoscenza della lesività dell'atto e della sua illegittimità, acquisita attraverso la valutazione della documentazione prodotta dalla stessa concorrente ai fini della partecipazione alla procedura³⁹.

ammissione (o di esclusione), si sarebbe prodotto l'effetto di eludere il sistema disegnato dalla norma che imponeva alla P.A. di rendere disponibili i relativi atti.

³⁸ Cons. St., Sez. III, n. 5765/2018 e n. 1902/2018.

³⁹ Cfr. Cons. St., Sez. III, 14 giugno 2017, n. 2925. Si veda anche Tar Lombardia, Milano, Sez. IV, 22 giugno 2018, n. 1571, secondo cui "è opportuno sottolineare che il menzionato indirizzo interpretativo si riferisce, in particolare, alle ipotesi di impugnazione dell'atto di esclusione. In tali eventualità, infatti, la parte interessata è, evidentemente, a piena conoscenza della documentazione che ha prodotto ai fini della partecipazione alla procedura selettiva. A diverse conclusioni si deve pervenire qualora la parte ricorrente intenda contestare altri aspetti della procedura di gara che richiedono la conoscenza di atti e documenti non conosciuti al momento in cui il seggio di gara esprime le proprie valutazioni (ammissioni di altri concorrenti, attribuzioni dei punteggi all'offerta tecnica). In tali circostanze, infatti, la parte interessata, seppure presente con idoneo rappresentante alla seduta di gara che definisce l'esito della procedura non ha ancora quel grado di conoscenza minima delle possibili illegittimità della procedura". In termini, si vedano anche: Tar Campania, Salerno, Sez. I, 27 aprile 2018, n. 674; Tar Puglia, Bari, Sez. III, 23 aprile 2018, n. 619; Tar Campania, Napoli, Sez. VIII, 18 gennaio 2018, n. 394; secondo quest'ultima pronuncia, in considerazione della specialità della normativa dettata dall'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. e del suo carattere derogatorio dei principi in materia di impugnativa, non sarebbe stata sufficiente a far decorrere il termine per impugnare il provvedimento di ammissione dalla gara la sola presenza di un rappresentante della ditta alla seduta in cui era stata decretata l'ammissione, e ciò in quanto tale presenza avrebbe determinato al più la conoscenza del provvedimento di ammissione e di quanto ivi emerso, oltre alla mera conoscibilità di eventuali ulteriori profili di illegittimità all'esito di successive indagini, ma non certamente la percezione immediata ed effettiva di tutte le irregolarità che, ove esistenti, avrebbero viziato le relative determinazioni. Pertanto, atteso l'indicato carattere derogatorio, il criterio dell'effettiva completa conoscenza dell'atto impugnabile, comprensivo di tutti gli aspetti di lesività e illegittimità dello stesso, avrebbe dovuto essere applicato in modo restrittivo, ai soli casi in cui, per

4.4. La presenza di un rappresentante dell'operatore economico nella seduta di gara in cui vengono disposte le esclusioni/ammissioni

Sempre con riferimento al periodo di vigenza del rito super-accelerato, riguardo agli effetti della partecipazione dei rappresentanti degli operatori economici concorrenti alle sedute del seggio di gara – ossia, più specificamente, all'idoneità della presenza alla seduta di gara di un rappresentante dell'impresa a far decorre il termine di impugnazione dei provvedimenti di esclusione e di ammissione – si registrava un'ampia e interessante casistica giurisprudenziale.

Già prima dell'introduzione dell'abrogato *sub-rito* speciale, con riferimento alle gare bandite sotto la vigenza del vecchio Codice, il giudice amministrativo si era chiesto se il termine per l'impugnazione dell'esclusione dovesse decorrere dalla comunicazione di cui all'art. 79, d.lgs. n. 163/2006, anche nei casi in cui l'esclusione medesima fosse stata deliberata nel corso di una seduta di gara svoltasi in presenza di un rappresentante dell'impresa esclusa, ovvero se in tali ipotesi il *dies a quo* dovesse essere più correttamente individuato nella data della seduta stessa.

Sul punto, l'orientamento giurisprudenziale maggioritario aveva concluso che – in siffatti casi – il termine di impugnazione dovesse essere computato con decorrenza dalla data della seduta, “essendosi concretizzata in tale data la piena conoscenza della determinazione negativa della commissione giudicatrice della gara”⁴⁰.

Il medesimo principio è stato ribadito anche dalla giurisprudenza più recente, sul presupposto che la piena conoscenza delle motivazioni dell'atto di esclusione implicasse la decorrenza del termine decadenziale a prescindere dall'invio di una formale comunicazione, a condizione che il rappresentante dell'impresa presente alla seduta rivestisse una carica sociale tale da attribuirgli la rappresentanza legale della società⁴¹.

gli elementi emersi nella seduta di gara, si fosse evinto che la parte avrebbe dovuto essere sin da allora pienamente consapevole dei profili di illegittimità sollevabili.

⁴⁰ Cons. St., Sez. V, 5 maggio 2016, n. 1817. In termini, più recentemente, Tar Lazio, Roma, Sez. II-bis, 3 aprile 2018, n. 3636, nonché Cons. St., Sez. V, n. 6088/2017.

⁴¹ Cons. St., Sez. V, n. 6088/2017, secondo cui “se l'impresa assiste, tramite rappresentante, alla seduta in cui vengono adottate determinazioni in ordine all'esclusione della sua offerta, è in tale seduta che effettivamente l'impresa acquisisce la piena conoscenza del provvedimento ed è dalla data della stessa seduta che decorre il termine per impugnare il medesimo provvedimento, solo qualora però il soggetto presente rivesta una specifica carica sociale che gli attribuisce la legale rappresentanza della società ovvero qualora sia munito di procura rilasciata allo scopo di fargli assumere la rappresentanza della società. Soltanto ricorrendo tali presupposti, per un verso, la conoscenza avuta dal soggetto presente alla seduta di gara è riferibile alla società concorrente (cfr., in tale senso, Cons. St., VI, 13 dicembre 2011 n. 6531), e, per altro verso, è oggettiva e controllabile ex post la verifica compiuta dagli organi di gara della pienezza dei poteri del soggetto presente, al fine di distinguere il rappresentante dal mero nuncius”.

Viceversa, qualora alla seduta di gara avesse partecipato un mero delegato dell'impresa, privo di poteri rappresentativi e munito di una delega finalizzata unicamente a consentirgli di assistere alle operazioni di gara, il termine decadenziale non avrebbe potuto iniziare a decorrere⁴².

Successivi arresti giurisprudenziali avevano poi chiarito come tale principio non potesse trovare applicazione – in relazione alle procedure bandite nel periodo di vigenza del nuovo Codice – con riferimento alle ammissioni/esclusioni rientranti nel perimetro applicativo dell'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., ossia alle ammissioni/esclusioni disposte all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi di partecipazione⁴³.

4.5. L'adempimento da parte della stazione appaltante degli obblighi di pubblicazione di cui all'art. 29, d.lgs. n. 50/2016 (nella sua formulazione antecedente al d.l. n. 32/2019) quale condizione di operatività dell'abrogato rito processuale super-accelerato

Si è anticipato che a seguito dell'introduzione del *sub*-rito di cui all'abrogato art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., il decorso del termine di impugnazione dei provvedimenti soggetti al *sub*-rito medesimo non poteva (più) ricollegarsi alla presenza di un rappresentante dell'impresa ricorrente alla seduta di gara in cui fossero state assunte dalla P.A. le determinazioni circa le ammissioni e le esclusioni.

La giurisprudenza antecedente al d.l. n. 32/2019 aveva infatti chiarito come l'applicabilità dell'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a. – secondo cui il termine di trenta giorni per impugnare gli atti di ammissione/esclusione ad una gara pubblica decorreva dalla pubblicazione degli stessi sul sito web della stazione appaltante – fosse subordinata alla circostanza per cui la P.A. avesse effettivamente pubblicato gli atti di ammissione/esclusione sulla propria piattaforma telematica, in quanto il comma 2-*bis* dell'art. 120 era “*norma processuale di stretta interpretazione, derogatoria dei principi tradizionalmente affermati nel contenzioso sui pubblici appalti. Pertanto, in difetto del contestuale funzionamento del meccanismo di pubblicità degli atti di cui si impone l'immediata impugnazione, la relativa decadenza non può operare, a causa della carenza del presupposto pubblicitario che garantisca la tempestiva in-*

⁴² In termini, Tar Lazio, Roma, Sez. I, 21 maggio 2018, n. 5599.

⁴³ Cfr. Tar Piemonte, Sez. II, 26 febbraio 2018, n. 262. Tale pronuncia ha affermato che “secondo l'interpretazione preferibile, conforme ai principi della Costituzione e del diritto comunitario, il termine per l'impugnazione dell'ammissione di altri concorrenti non può decorrere dalla data della seduta pubblica di gara, anche qualora risulti che il legale rappresentante della società ricorrente sia stato ivi presente, poiché l'art. 120, comma 2-*bis*, cod. proc. amm. prevede espressamente che il dies a quo per l'impugnativa anticipata delle esclusioni e delle ammissioni decorra dalla pubblicazione sul profilo della stazione appaltante, effettuata ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016”.

*formazione degli interessati circa l'identità delle imprese ammesse e la decorrenza del termine accelerato per l'impugnativa*⁴⁴.

Pertanto, nel caso di mancato adempimento degli obblighi pubblicitari circa i provvedimenti di ammissione e di esclusione, l'onere di immediata impugnazione – il cui termine avrebbe dovuto decorrere proprio dalla relativa pubblicazione – sarebbe stato del tutto inattuabile, in ragione della mancanza di un fondamentale presupposto logico per la sua operatività⁴⁵.

La tipizzazione, da parte dell'abrogato art. 120, comma 2-bis, c.p.a., delle speciali forme di pubblicità a cui avrebbero dovuto soggiacere i provvedimenti di ammissione e di esclusione dalla procedura, non poteva che restringere i margini per l'individuazione di fattispecie equipollenti, idonee a comprovare la conoscenza del provvedimento e la percezione della sua portata lesiva ai fini del decorso del termine di impugnazione⁴⁶.

Anche alcune pronunce più recenti hanno ribadito – con riferimento al periodo di vigenza del rito super-accelerato – l'irrilevanza di forme di pubblicazione diverse da quella stabilita dall'art. 29, d.lgs. n. 50/2016, specificando che *“gli effetti derivanti da detta pubblicazione non si producono in ipotesi diverse, quali la partecipazione di un rappresentante del concorrente alla seduta della commissione di gara o la pubblicazione del provvedimento sul bollettino ufficiale dell'amministrazione”*⁴⁷.

4.6. Le conseguenze del mancato assolvimento degli obblighi di pubblicazione di cui all'art. 29, d.lgs. n. 50/2016 sul regime di impugnazione delle ammissioni/esclusioni nel periodo di vigenza del rito super-accelerato

In tale contesto, non era tuttavia chiaro quali fossero precisamente le conseguenze

⁴⁴ Tar Piemonte, Sez. II, n. 262/2018. In tal senso anche: Cons. St., Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6005; Cons. St., Sez. III, 8 ottobre 2018, n. 5765; Tar Puglia, Lecce, Sez. I, 4 settembre 2018, n. 1322; Cons. St., Sez. III, 27 marzo 2018, n. 1902 e Cons. St., Sez. III, 26 gennaio 2018, n. 565, secondo cui l'onere di immediata impugnazione dell'altrui ammissione ai sensi dell'art. 120, comma 2-bis, sarebbe *“ragionevolmente subordinato alla pubblicazione degli atti della procedura, perché diversamente l'impresa sarebbe costretta a proporre un ricorso al buio”*.

⁴⁵ Cfr. S. TRANQUILLI, *Prime riflessioni a margine di alcune recenti oscillazioni giurisprudenziali nell'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*, 28 febbraio 2018. In termini, si vedano anche: Tar Campania, Napoli, Sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 5852; Tar Puglia, Bari, Sez. I, 7 dicembre 2016, n. 1367; Tar Lazio, Roma, Sez. II-quater, 19 luglio 2017, n. 8704; Tar Sardegna, Sez. I, 20 gennaio 2017, n. 36.

⁴⁶ In termini, si veda Tar Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 31 maggio 2018, n. 182.

⁴⁷ Tar Sicilia, Palermo, Sez. III, 31 agosto 2018, n. 1862. Si veda poi anche Tar Calabria, Catanzaro, Sez. I, 15 giugno 2018, n. 1243, secondo cui non può essere idonea a determinare la decorrenza del termine per l'impugnazione un'eventuale pubblicazione effettuata dalla stazione appaltante senza rispettare le formalità di cui all'art. 29, d.lgs. n. 50/2016.

del mancato adempimento – da parte della stazione appaltante – dell’obbligo di pubblicazione di cui all’art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, nella formulazione antecedente al d.l. n. 32/2019.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, in difetto di tale pubblicazione si sarebbe dovuto applicare – sia per le ammissioni che per le esclusioni – il generale principio di cui all’art. 41, comma 2, c.p.a., secondo cui il termine per l’impugnazione decorre dal momento dell’avvenuta conoscenza dell’atto lesivo⁴⁸, a condizione che fossero percepibili i profili di immediata e concreta lesività per la sfera giuridica dell’interessato⁴⁹.

Più precisamente, (i) nel caso di atti di ammissione “*la piena conoscenza (...) 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*”⁵⁰, e (ii) nel caso invece di provvedimenti di esclusione, “*la conoscenza dei relativi profili lesivi deve ritenersi insita nella percezione della sua adozione da parte dell’impresa esclusa, tanto più se acquisita congiuntamente a quella delle relative ragioni determinanti*”⁵¹, con conseguente decorso del termine di impugnazione.

Sul punto, anche la dottrina non aveva mancato di evidenziare come la portata motivazionale del provvedimento potesse variare sensibilmente a seconda del suo contenuto *ammissivo o escludente*: “*mentre, infatti, la motivazione dell’esclusione può facilmente soddisfare l’esigenza conoscitiva, quella riguardante l’ammissione non è quasi mai in grado di appagare, da sola, il bisogno cognitivo dei concorrenti in quanto – salvo casi particolari – l’amministrazione si limita a decretare genericamente il buon esito della ‘valutazione’ sui requisiti, basata sul mero riscontro delle autodichiarazioni*”⁵².

In buona sostanza, secondo l’orientamento in esame – che non si ritiene condivisibile – in assenza della pubblicazione e delle altre formalità di cui all’art. 29, d.lgs. n. 50/2016 sarebbe stato comunque applicabile l’abrogato rito superspeciale, il cui decorso del relativo termine di impugnazione sarebbe iniziato dal

⁴⁸ In tal senso: Cons. St., Sez. V, 23 marzo 2018, n. 1843; Tar Lazio, Roma, Sez. I-bis, 5 febbraio 2018, n. 1431; Cons. St., Sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 5870.

⁴⁹ In termini, si vedano: Tar Liguria, Sez. II, 21 maggio 2018, n. 467; Tar Friuli Venezia Giulia, Sez. I, n. 182/2018; Tar Toscana, Sez. I, 18 aprile 2017, n. 582; Tar Puglia, Bari, Sez. III, 8 novembre 2016, n. 1262.

⁵⁰ Cons. St., Sez. III, 17 settembre 2018, n. 5434. In termini, Cons. St., Sez. VI, n. 5870/2017.

⁵¹ Cons. St., Sez. III, n. 5434/2018.

⁵² M. LIPARI, *La decorrenza del termine di ricorso nel rito superspeciale di cui all’art. 120, co. 2-bis e 6-bis, del CPA: pubblicazione e comunicazione formale del provvedimento motivato, disponibilità effettiva degli atti di gara, irilevanza della “piena conoscenza”; l’ammissione conseguente alla verifica dei requisiti*, op. cit.

momento della piena conoscenza *comunque acquisita* degli atti di ammissione e di esclusione⁵³.

In altri termini, l'abrogato art. 120, comma 2-bis, c.p.a., non avrebbe implicato l'assoluta inapplicabilità del principio generale di cui agli artt. 41, comma 2, e 120, comma 5, ultima parte, c.p.a, in base al quale nell'ipotesi di mancata formale comunicazione dell'atto il termine per l'impugnazione decorre comunque dal momento dell'intervenuta piena conoscenza del provvedimento da impugnare, a condizione che l'interessato sia in grado di percepirne i profili di lesività⁵⁴.

Il *dies a quo* del termine di impugnazione degli atti di esclusione e di ammissione avrebbe quindi dovuto essere individuato nella data in cui i ricorrenti avessero avuto piena contezza di tutti i profili rilevanti indispensabili per la proposizione del ricorso e l'esercizio pieno ed effettivo del diritto di azione⁵⁵, precisandosi che *“tale soluzione deve ritenersi applicabile sia al caso dell'avvenuta pubblicazione dell'atto di esclusione o di ammissione, non corredato di motivazione, sulla piattaforma telematica della stazione appaltante, sia al caso della presenza di un rappresentante dell'operatore alla seduta in cui la commissione proceda all'apertura e all'esame della documentazione amministrativa, qualora in tale sede non siano pienamente percepibili e conoscibili le ragioni poste a base dell'atto di esclusione o di ammissione e non sia, pertanto, configurabile una conoscenza effettiva di eventuali profili lesivi in rapporto al rimedio esperibile”*⁵⁶.

Secondo un diverso (e maggiormente condivisibile) orientamento, per quanto concerne le altrui ammissioni, la carenza della forma pubblicitaria in esame avrebbe dovuto determinare (la preferenza per l'opzione meno sfavorevole per il diritto di difesa, e quindi) la necessità di impugnare la mancata esclusione congiuntamente al provvedimento finale di aggiudicazione⁵⁷.

Una volta esclusa l'operatività del rito super-accelerato, si sarebbe quindi dovuto 'riesumere' l'orientamento giurisprudenziale consolidato che ha sempre negato autonomo valore provvedimentale all'atto di ammissione alla gara, consentendone l'impugnazione solo unitamente al provvedimento finale di aggiudicazione della gara⁵⁸.

⁵³ In termini, si veda Tar Puglia, Bari, Sez. III, 15 ottobre 2018, n. 1297, secondo cui anche la presenza del delegato dell'impresa alla seduta di gara sarebbe stata idonea a determinare la 'piena conoscenza' del provvedimento.

⁵⁴ Si vedano, in tal senso: Cons. St., Sez. III, 26 gennaio 2018, n. 565; Cons. St., Sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 5870.

⁵⁵ Tar Lombardia, Brescia, Sez. I, 13 giugno 2018, n. 577.

⁵⁶ Tar Lombardia, Brescia, Sez. I, n. 577/2018.

⁵⁷ Si vedano: Tar Piemonte, Sez. II, n. 262/2018; Tar Puglia, Bari, Sez. III, 5 aprile 2017, n. 340; Tar Campania, Napoli, Sez. I, 29 maggio 2017, n. 2843; Tar Molise, Sez. I, 21 luglio 2017, n. 280.

⁵⁸ Cfr. Tar Basilicata, Sez. I, 13 gennaio 2017, n. 24. In senso conforme, da ultimo, anche Tar Puglia,

Ciò anche in presenza di norme – quali l'art. 29, d.lgs. n. 50/2016, nella formulazione allora vigente – che pretendevano di qualificare alla stregua di 'provvedimento' l'atto di ammissione disposto in esito alla fase di verifica dei requisiti soggettivi di partecipazione.

Del resto, si era affermato che *“il legislatore, nella sua discrezionalità, può si perseguire la maggiore celerità del procedimento di gara e prevedere più ristretti termini di impugnazione, sempre che siano rispettati i principi del giusto processo e dell'effettività della tutela. Ma il legislatore non può arbitrariamente alterare la natura delle cose. L'ammissione alla gara, come l'ammissione a qualsivoglia procedura concorsuale di evidenza pubblica, conserva il carattere di atto endoprocedimentale, che non attribuisce alcuna immediata utilità ai concorrenti ammessi e non arreca alcun pregiudizio immediato agli altri concorrenti”*⁵⁹.

In buona sostanza, secondo l'orientamento in parola, nel periodo di vigenza del rito super-accelerato si rendeva necessaria una distinzione tra i provvedimenti di ammissione e quelli di esclusione: in difetto della pubblicazione legale dell'atto, (i) nel primo caso esso avrebbe dovuto essere impugnato unitamente al provvedimento di aggiudicazione, mentre (ii) nel secondo caso il termine per l'impugnazione sarebbe regolarmente decorso dal momento dell'avvenuta conoscenza dell'atto lesivo⁶⁰.

Infine, in base a un orientamento 'intermedio', ferma restando l'immediata lesività dei provvedimenti di esclusione, l'omessa formale pubblicazione dei provvedimenti di ammissione ai sensi dell'art. 29, d.lgs. n. 50/2016 nella sua formulazione allora vigente, se da un lato avrebbe fatto venir meno l'onere di immediata impugnazione, dall'altro lato non avrebbe precluso all'impresa interessata la facoltà di impugnare comunque i provvedimenti medesimi prima dell'aggiudicazione della gara⁶¹.

Secondo tale orientamento, anche nel caso di mancato adempimento degli obblighi pubblicitari, non si sarebbe potuto infatti ignorare che l'allora vigente art. 120, commi 2-bis e 6-bis, c.p.a., *“in deroga alla disciplina generale sull'interesse all'impugnazione degli atti di gara, ha inteso qualificare tali atti come immediatamente lesivi e come tali suscettibili di immediata contestazione”*⁶².

Bari, Sez. III, 25 giugno 2018, n. 934, secondo cui – in assenza della rituale pubblicazione di cui all'art. 29, d.lgs. n. 50/2016 – nemmeno se si fosse registrata la presenza del delegato dell'impresa alla seduta di gara si sarebbe potuto attribuire all'atto di ammissione alla procedura un valore provvedimentoale autonomo, con la conseguenza di dover posticipare il decorso del termine di impugnazione al momento della comunicazione dell'aggiudicazione.

⁵⁹ Tar Piemonte, Sez. II, n. 262/2018.

⁶⁰ In tal senso sembrerebbe deporre anche quanto affermato da Cons. St., Sez. III, n. 5765/2018.

⁶¹ Tar Molise, Sez. I, 4 ottobre 2017, n. 332.

⁶² Tar Molise, Sez. I, n. 332/2017.

5. La decorrenza del termine per impugnare l'aggiudicazione della procedura

Per quanto concerne l'impugnabilità dei provvedimenti di aggiudicazione di gare pubbliche, occorre in primo luogo sottolineare che l'art. 204, d.lgs. n. 50/2016 aveva inserito nel nuovo comma 2-*bis* dell'art. 120 c.p.a. una disposizione che sanciva espressamente – a pena di inammissibilità del ricorso – la non impugnabilità della proposta di aggiudicazione (ossia di quella che nel regime previgente era denominata “*aggiudicazione provvisoria*”) e di tutti gli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività⁶³.

Senonché, abrogando interamente il comma 2-*bis* dell'art. 120 c.p.a., il legislatore del c.d. decreto ‘sblocca-cantieri’ ha finito (non si sa quanto volontariamente) per abrogare anche tale disposizione; con specifico riferimento alla proposta di aggiudicazione (ex aggiudicazione provvisoria), non è quindi chiaro se dopo l'abrogazione della disposizione che ne prevedeva la ‘non impugnabilità’ essa debba comunque continuare a essere considerata quale atto non direttamente impugnabile in quanto meramente endoprocedimentale, oppure se debba considerarsi ‘facoltativamente impugnabile’ al pari della vecchia aggiudicazione provvisoria, della quale era possibile (ma non obbligatorio) dolersi già prima dell'aggiudicazione definitiva, con l'onere di proporre poi motivi aggiunti nei confronti di quest'ultima.

Sul punto, in assenza di interventi chiarificatori da parte del legislatore, sarà la giurisprudenza a doversi fare carico del problema; a parere di chi scrive sembra preferibile l'opzione più conservativa, che depona in favore della perdurante non immediata impugnabilità della proposta di aggiudicazione.

In relazione all'aggiudicazione (definitiva), è stato previsto che il relativo termine di impugnazione inizi a decorrere dal momento in cui l'impresa non aggiudicataria riceva la comunicazione di cui all'art. 76, comma 5, lett. a), del d.lgs. n. 50/2016⁶⁴ e non dal momento, eventualmente successivo, in cui la stazione appaltante concluda con esito positivo la verifica della sussistenza dei requisiti di gara in capo all'aggiudicatario, ai sensi dell'art. 32, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016⁶⁵.

Ciò in quanto l'esito positivo della verifica di cui all'art. 32, comma 7, del Codice, integra una mera condizione di efficacia dell'aggiudicazione (per tale intendendosi quella che nel regime previgente era denominata “*aggiudicazione definitiva*”), la quale è “*suscettibile di produrre effetti giuridici rilevanti già prima di detta verifica*”

⁶³ In giurisprudenza, si vedano, *ex multis*: Cons. St., Sez. V, 27 giugno 2018, n. 3947; Tar Sicilia, Palermo, Sez. III, 5 luglio 2018, n. 1551; Tar Campania, Salerno, Sez. I, 14 febbraio 2018, n. 238.

⁶⁴ In precedenza art. 79, comma 1, lettera a), del d.lgs. n. 163/2006.

⁶⁵ In precedenza art. 11, d.lgs. n. 163/2006.

e *indipendentemente da essa*⁶⁶ e va pertanto impugnata a prescindere dall'esito della successiva verifica dei requisiti.

Dopo aver chiarito che il termine di impugnazione dell'aggiudicazione (definitiva) decorre di norma dalla relativa comunicazione, occorre interrogarsi se tale principio operi anche in presenza di una comunicazione irregolare e/o comunque incompleta.

Sono prospettabili diverse teorie circa l'idoneità di una comunicazione non completa a provocare il decorso dei termini di impugnazione.

Secondo un primo indirizzo ipotizzabile, il termine dovrebbe sempre decorrere dal momento della comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, ancorché tale comunicazione non possa considerarsi completa e quindi soddisfacente, fermo restando il diritto del ricorrente di proporre motivi aggiunti nel momento in cui, realizzato l'accesso agli atti, egli venga a conoscenza di altre ragioni di illegittimità. Tale conclusione sarebbe confermata dallo stesso art. 120, comma 5, c.p.a., nella parte in cui la decorrenza del termine di impugnazione viene ricondotta, "*in ogni altro caso*", alla conoscenza dell'atto.

Secondo un diverso orientamento, il termine di trenta giorni decorrerebbe solo dal momento in cui la parte abbia piena contezza di tutti gli eventuali profili di legittimità del provvedimento, anche mediante l'esercizio del diritto di accesso agli atti del procedimento.

Tale orientamento, fondato sull'assunto di "*un ineludibile coordinamento logico-sistematico fra le regole generali in materia di termine per proporre ricorso e la "conoscenza" cui si riferisce il citato art. 120, comma 5, c.p.a.*"⁶⁷, valorizza la circostanza per cui – qualora la stazione appaltante trasmetta una comunicazione incompleta ovvero, pur in presenza di una comunicazione esaustiva e completa, sia indispensabile conoscere gli elementi tecnici dell'offerta dell'aggiudicatario per aver chiare le ragioni che hanno spinto la P.A. a preferirla – il potenziale ricorrente non può avere piena contezza dei profili di illegittimità dell'atto senza prima accedere agli atti.

Qualora l'impresa possa avere piena cognizione dei potenziali vizi del provvedimento di aggiudicazione solo tramite l'accesso agli atti, il termine decadenziale

⁶⁶ Cons. St., Sez. V, 5 febbraio 2018, n. 726. Tale pronuncia ha chiarito che "*l'illegittimità della procedura svolta per la verifica attiene sempre, ed esclusivamente, al provvedimento di aggiudicazione definitiva, dal momento che una verifica mancante od illegittima comporta la definitiva impossibilità che l'aggiudicazione divenga efficace (...). Pertanto, il provvedimento impugnabile resta l'aggiudicazione definitiva; il vizio della verifica va addotto come sopravvenuta causa di inefficacia definitiva dell'aggiudicazione; non rileva perciò, quanto all'individuazione del provvedimento da impugnare, che l'attività di verifica della stazione appaltante non comporti l'adozione di un distinto ed autonomo provvedimento amministrativo*".

⁶⁷ *Ex multis*, cfr. Cons. St., Sez. VI, 1 agosto 2016, n. 3451, e Cons. St., Sez. VI, 1 aprile 2016, n. 1298.

per l'impugnazione subirebbe quindi uno *slittamento in avanti* di un numero di giorni pari a quello necessario per acquisire la piena conoscenza degli elementi essenziali dell'atto e dei suoi profili di illegittimità⁶⁸.

L'orientamento in esame è meritevole di apprezzamento nelle sue linee generali ed è ormai significativamente diffuso nella giurisprudenza amministrativa, sebbene alcune recenti pronunce ne abbiano parzialmente ridimensionato la portata.

Da un lato, infatti, è stata ribadita la perdurante validità del principio generale di estrazione pretoria secondo cui, in caso di comunicazione incompleta, il termine d'impugnazione non può decorrere, dovendosi in tal caso aver riguardo, ai fini della decorrenza del citato termine, alla conoscenza comunque acquisita (anche in sede di accesso agli atti) di tutti gli elementi necessari per il potenziale ricorrente a verificare non solo la lesività dell'atto *impugnando*, ma anche dei suoi profili di illegittimità⁶⁹.

Dall'altro lato, è stato tuttavia chiarito che – per considerare il provvedimento di aggiudicazione talmente 'incompleto' da evitare il decorso del termine per l'impugnazione – è necessario che al candidato non aggiudicatario (e quindi potenziale ricorrente) sia stato comunicato unicamente il 'dispositivo' del provvedimento medesimo⁷⁰.

Secondo la giurisprudenza più recente, soltanto in tal caso – oltretutto, ovviamente, nel caso in cui la comunicazione dell'aggiudicazione sia stata omessa *tout court* – il termine decadenziale di trenta giorni può essere incrementato di un nu-

⁶⁸ Cfr. Tar Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 13 aprile 2017, n. 366.

⁶⁹ Cfr. Cons. St., Sez. V, 5 febbraio 2018, n. 718, conforme a Cons. St., Sez. III, 7 gennaio 2015, n. 25. In senso analogo si è pronunciata anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia. In particolare, nella sentenza della Sez. V, 8 maggio 2014, causa C-161/13 è stato concluso che: (i) "*Gli articoli 1, paragrafi 1 e 3, nonché 2 bis, paragrafo 2, ultimo comma, della direttiva 92/13/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, devono essere interpretati nel senso che il termine per la proposizione di un ricorso di annullamento contro la decisione di aggiudicazione di un appalto deve iniziare nuovamente a decorrere qualora sia intervenuta una nuova decisione dell'amministrazione aggiudicatrice, adottata dopo tale decisione di aggiudicazione ma prima della firma del contratto e che possa incidere sulla legittimità di detta decisione di attribuzione. Tale termine inizia a decorrere dalla comunicazione agli offerenti della decisione successiva o, in assenza di detta comunicazione, dal momento in cui questi ultimi ne hanno avuto conoscenza*"; (ii) "*Nel caso in cui un offerente abbia conoscenza, dopo la scadenza del termine di ricorso previsto dalla normativa nazionale, di un'irregolarità asseritamente commessa prima della decisione di aggiudicazione di un appalto, il diritto di ricorso contro tale decisione gli è garantito soltanto entro tale termine, salvo espressa disposizione del diritto nazionale a garanzia di tale diritto, conformemente al diritto dell'Unione*". Si vedano anche, infine, Tar Lazio, Roma, Sez. III, 5 gennaio 2018, n. 107, e Cons. St., 3 febbraio 2016, n. 408.

⁷⁰ Cfr. Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 10 settembre 2018, n. 2056.

mero 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.

Tuttavia, è stato precisato che tale incremento del termine decadenziale (*'slittamento in avanti'*) non può ritenersi potenzialmente *infinito*. Esso deve infatti contenersi in una misura non superiore ai quindici giorni necessari per esercitare l'accesso c.d. 'semplificato' e 'accelerato' di cui all'art. 76, comma 2, d.lgs. n. 50/2016.

Infatti, qualora la mancata tempestiva conoscenza dei profili di illegittimità dell'aggiudicazione sia dovuta (non solo all'incompletezza della comunicazione della stazione appaltante, ma anche) all'inerte contegno dell'operatore economico ricorrente, il quale non abbia diligentemente e tempestivamente esercitato le facoltà ad esso attribuite dall'ordinamento per acquisire con prontezza la documentazione di gara (*i.e.* la richiesta di accesso 'semplificato' e 'accelerato' ex art. 76, comma 2, d.lgs. n. 50/2016), tale circostanza non può ridondare a danno del principio di certezza dei rapporti giuridici, presidiato dall'inoppugnabilità degli atti amministrativi una volta che sia inutilmente decorso il relativo termine di impugnazione.

In buona sostanza, si ritiene che il termine per impugnare l'aggiudicazione possa subire uno 'slittamento in avanti' (*i*) soltanto nel caso in cui la stazione appaltante si sia limitata a comunicare il solo 'dispositivo' del provvedimento, e (*ii*) comunque per un periodo massimo di quindici giorni.

In tutti gli altri casi, la conoscenza legale del provvedimento di aggiudicazione (ossia la conoscenza maturata a seguito di rituale comunicazione della stazione appaltante) deve ritenersi sufficiente a inverare e *crystallizzare* la lesione della sfera giuridica del concorrente non aggiudicatario, ormai irrimediabilmente pretermesso; da quel momento sorge l'interesse attuale e concreto all'impugnazione dell'aggiudicazione e dal medesimo momento, pertanto, non può che iniziare a decorrere il termine decadenziale di trenta giorni, senza che ciò possa intaccare il diritto di difesa in giudizio del ricorrente, garantito in ogni caso dalla possibilità di proporre motivi aggiunti qualora la (successiva) compiuta conoscenza degli atti procedurali valga a "*disvelare e lumeggiare la effettiva latitudine della 'ingiustizia' dell'agere amministrativo e dei vizi che eventualmente la affliggono*"⁷¹.

Diversamente, qualora si affermasse *tout court* il principio per cui il *dies a quo* per impugnare l'aggiudicazione andrebbe *sempre* individuato nel momento in cui l'interessato assume piena cognizione del vizio del provvedimento, si "*renderebbe mutevole e in definitiva incerto il momento in cui gli atti di gara siano divenuti inoppugnabili, e dunque il momento in cui l'esito di questa possa ritenersi consolidato. Da questa notazione emerge come una simile ricostruzione non possa essere ac-*

⁷¹ Cfr. Tar Campania, Napoli, Sez. VIII, 2 febbraio 2017, n. 696.

cezzata, per via dell'elevato tasso di incertezza sulle procedure di affidamento di contratti pubbliche che essa produrrebbe, ed a tutela del quale è posto il termine a pena di decadenza per proporre il ricorso giurisdizionale (che è addirittura dimezzato, ex art. 120, comma 2, cod. proc. amm., a conferma delle esigenze di celerità che permeano il settore dei contratti pubblici, pur nel rispetto del diritto di difesa dell'operatore economico)⁷².

Infine, a conclusione della disamina sul regime di impugnabilità del provvedimento di aggiudicazione della procedura, è appena il caso di ricordare che “*costituisce principio assolutamente consolidato quello per cui il concorrente che abbia impugnato gli atti della procedura di gara precedenti l'aggiudicazione – tipicamente, il provvedimento che ne abbia disposto l'esclusione ovvero quello che abbia reciprocamente disposto l'ammissione di un controinteressato – è tenuto ad impugnare anche il provvedimento di aggiudicazione (...), a pena di inammissibilità per sopravvenuta carenza di interesse. Invero, l'utilità finale che l'operatore economico intende conseguire attraverso il giudizio avverso gli atti della procedura di aggiudicazione è l'affidamento dell'appalto, quale che sia il provvedimento impugnato e, nel caso di atto diverso dall'aggiudicazione, quale che sia l'utilità strumentale immediatamente perseguita (nel caso, ad esempio, dell'impugnazione dell'esclusione, la riammissione alla procedura); passaggio necessario, a tal fine, è comunque l'eliminazione dell'aggiudicazione ad altro concorrente⁷³.*”

⁷² Cons. St., Sez. V, 27 aprile 2017, n. 1953.

⁷³ Cons. St., Sez. V, 4 settembre 2018, n. 5179, secondo cui tale conclusione “*discende pianamente: a) dal rilievo che il provvedimento di aggiudicazione non abbia consistenza puramente attuativa/ esecutiva rispetto all'ammissione e che, perciò, si tratti di atto non meramente consequenziale (come, del resto, è comprovato, a tacer d'altro, dalla insorgenza di autonome posizioni di controinteresse); b) che, di conseguenza, il vizio della prima trasmodi in via derivata sulla seconda solo termini di effetto meramente invalidante (e non automaticamente caducante): di tal che – in difetto di tempestiva impugnazione dell'atto consequenziale – il gravame proposto nei confronti dell'atto prodromico è destinato alla improcedibilità, per sostanziale carenza di interesse (ovvero alla inammissibilità, le quante volte, all'atto della introduzione della lite, l'aggiudicazione risultasse, come nella specie, già disposta). L'introduzione dell'art. 120, comma 2 bis c.p.a. ad opera dell'art. 204 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) non induce a mutare l'orientamento tradizionale, posto che, con ogni evidenza, la specialità del rito (c.d. “super accelerato”) non influisce sulle condizioni dell'azione e, segnatamente, sull'interesse a ricorrere. Del resto, in assenza di uno stand still processuale l'azione amministrativa è destinata a continuare anche in caso di impugnazione dei provvedimenti di ammissione degli altri concorrenti ed eventualmente a concludersi con l'aggiudicazione ad uno dei controinteressati del giudizio. L'utilità finale che insegue la domanda di annullamento delle ammissioni di cui all'art. 120, comma 2 bis cit., è, pur sempre, l'affidamento dell'appalto sia pure mediante la riduzione del numero dell'impresa concorrenti (c.d. utilità strumentale o interesse intermedio); l'utilità, però, intervenuta l'aggiudicazione, non può essere realizzata più mediante l'eventuale sentenza di accoglimento poiché la stessa, per quanto detto, non comporta la caducazione automatica dell'aggiudicazione. Anche in questo caso, allora, allo scopo avuto di mira con l'instaurazione del giudizio si rende necessaria l'impugnazione dell'aggiudicazione medio tempore sopravvenuta.*”

6. La decorrenza del termine per impugnare gli esiti della verifica dei requisiti successiva all'aggiudicazione (e l'identificazione dell'atto impugnabile)

Nel paragrafo che precede si è anticipato che l'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti (art. 32, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016). Tale adempimento si inserisce nella fase conclusiva della procedura e incide in modo diretto sull'esito operativo della procedura medesima, condizionando l'efficacia dell'aggiudicazione al positivo controllo dell'affidabilità dell'aggiudicatario e accertando, di conseguenza, la possibilità di stipulare o meno il contratto⁷⁴.

Ciò comporta che il concorrente utilmente collocato in graduatoria abbia interesse a sindacare immediatamente la regolarità dello svolgimento del procedimento di verifica.

Non può quindi essere condiviso l'orientamento giurisprudenziale (minoritario) secondo cui gli esiti di tale verifica sarebbero impugnabili solo a seguito della comunicazione della data di avvenuta stipulazione del contratto⁷⁵. Tale affermazione, infatti, *“sovrappone due piani, che invece vanno tenuti distinti, relativi, l'uno, all'individuazione del provvedimento impugnabile, l'altro, all'individuazione del termine di decorrenza per la relativa impugnazione”*⁷⁶.

D'altro canto, è altrettanto vero che è l'aggiudicazione (definitiva) *“l'unico atto conclusivo della procedura selettiva in relazione al quale sorge un immediato onere di impugnazione da parte dei concorrenti non aggiudicatari”*⁷⁷.

In tale contesto, per poter impugnare gli esiti del controllo di cui all'art. 32, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016, il concorrente non aggiudicatario deve pertanto avere già proposto impugnazione avverso il provvedimento di aggiudicazione.

Tale provvedimento produce, nei confronti dei concorrenti non aggiudicatari, un effetto immediato consistente nella privazione definitiva del 'bene della vita' rappresentato dall'aggiudicazione della gara medesima.

Qualora il concorrente non aggiudicatario abbia fatto acquiescenza all'atto di aggiudicazione, l'impugnazione contro l'esito del controllo *“non può costituire una remissione in termini per la tutela dell'interesse all'aggiudicazione non tempestivamente fatto valere contro l'atto conclusivo della procedura. Se invece impugnativa vi sia stata, ancorché con esito negativo in relazione ai motivi dedotti, permane l'in-*

⁷⁴ Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 10, secondo cui tale adempimento costituisce *“un adempimento essenziale per la definizione del procedimento in connessione con il suo scopo poiché, se la verifica è positiva, viene stipulato il contratto, se manca, si procede al ricalcolo della soglia di anomalia e all'eventuale nuova aggiudicazione, con effetto determinante, in entrambi i casi, per la conclusione efficace della procedura”*.

⁷⁵ Tale tesi è stata sostenuta da Tar Abruzzo, Pescara, Sez. I, 2 dicembre 2016, n. 373.

⁷⁶ Cons. St., Sez. V, n. 726/2018.

⁷⁷ Cons. St., Sez. V, n. 726/2018.

*teresse al corretto svolgimento della fase di controllo il cui esito negativo potrebbe dar luogo allo scorrimento della graduatoria*⁷⁸.

Senonché, in dottrina⁷⁹ si registra anche un orientamento che sembra aprire le porte alla possibilità per gli operatori economici interessati di far valere la carenza dei requisiti in capo all'aggiudicatario emersa solamente nella successiva fase di *comprova* anche qualora l'aggiudicazione non sia già *sub iudice* per altri e distinti motivi.

Tale orientamento si basa sull'assunto per cui nelle gare pubbliche la fase relativa all'ammissione dei concorrenti è solitamente caratterizzata da un riscontro meramente estrinseco della documentazione allegata dagli operatori economici, normalmente consistente in mere autodichiarazioni, e pertanto è assai probabile che l'eventuale sussistenza di motivi di esclusione possa emergere solo nella successiva *fase di verifica e di comprova* effettuata dalla stazione appaltante nei confronti dell'aggiudicatario ai sensi dell'art. 32, d.lgs. n. 50/2016.

Secondo la tesi in esame, *"in tali eventualità, sarebbe del tutto irragionevole e limitativo del diritto di difesa precludere al concorrente interessato la facoltà di proporre un ricorso contro l'aggiudicazione, diretto a far valere la carenza dei requisiti di ammissione dell'aggiudicatario emersi dopo l'effettuazione di una nuova e più completa istruttoria, conclusa con un nuovo provvedimento"*⁸⁰.

In ogni caso, chi scrive aderisce alla tesi secondo cui l'esito positivo della verifica di cui all'art. 32, comma 7, del Codice, sarebbe autonomamente impugnabile anche prima della comunicazione di avvenuta stipulazione del contratto, purché l'aggiudicazione sia essa stessa già *sub iudice*. Più precisamente, si ritiene che *"l'asserita illegittimità del controllo dei requisiti può costituire oggetto di motivi aggiunti (...) al ricorso che sia stato tempestivamente proposto avverso l'aggiudicazione definitiva"*⁸¹.

Al tempo stesso, qualora l'esito di tale verifica sia negativo, esso porterà all'esclusione dell'originario aggiudicatario e potrà quindi essere autonomamente impugnato da quest'ultimo.

Sebbene una siffatta impugnazione abbia ad oggetto un provvedimento di esclusione disposto all'esito della valutazione sulla sussistenza dei requisiti, anche

⁷⁸ Cons. St., Sez. V, n. 726/2018.

⁷⁹ Cfr. M. LIPARI, *La decorrenza del termine di ricorso nel rito superspeciale di cui all'art. 120, co. 2-bis e 6-bis, del CPA: pubblicazione e comunicazione formale del provvedimento motivato, disponibilità effettiva degli atti di gara, irrilevanza della "piena conoscenza"; l'ammissione conseguente alla verifica dei requisiti*, op. cit.

⁸⁰ M. LIPARI, *La decorrenza del termine di ricorso nel rito superspeciale di cui all'art. 120, co. 2-bis e 6-bis, del CPA: pubblicazione e comunicazione formale del provvedimento motivato, disponibilità effettiva degli atti di gara, irrilevanza della "piena conoscenza"; l'ammissione conseguente alla verifica dei requisiti*, op. cit.

⁸¹ Cons. St., Sez. V, n. 726/2018.

nel periodo di vigenza dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., si riteneva che essa fosse soggetta al rito appalti comune, e non già a quello super-accelerato.

Ciò in quanto l'applicazione del nuovo *sub*-rito aveva senso nella misura in cui fosse ancora realizzabile lo scopo ad esso sotteso: ossia la celere perimetrazione della platea dei concorrenti prima dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione. Una volta che fosse sopraggiunta (l'aggiudicazione e con essa) l'impossibilità di realizzare tale scopo, non vi sarebbe più stata alcuna ragione per fare applicazione del nuovo rito super-accelerato⁸².

Così chiarito questo profilo, occorre affrontare la tematica della decorrenza del termine per impugnare gli esiti della verifica dei requisiti successiva all'aggiudicazione.

La giurisprudenza, sul punto, ha precisato che il termine per dedurre vizi attinenti al *sub*-procedimento di verifica decorre dalla conoscenza – comunque acquisita – del relativo esito⁸³.

Tale conoscenza non deve necessariamente coincidere, dal punto di vista temporale, con le comunicazioni di cui all'art. 76, comma 5, lettere c) e d) del d.lgs. n. 50/2016, le quali non hanno specificamente ad oggetto gli esiti della verifica del possesso dei requisiti successiva all'aggiudicazione, bensì l'eventuale decisione della stazione appaltante di non aggiudicare l'appalto e la data di avvenuta stipulazione dell'appalto medesimo.

Tuttavia, poiché le sopra menzionate comunicazioni – cronologicamente successive all'attività di verifica – necessariamente presuppongono quest'ultima e ne forniscono la conoscenza legale, la loro ricezione da parte dell'impresa concorrente costituisce il termine ultimo possibile di decorrenza per la presentazione dei motivi aggiunti sugli esiti del controllo.

Ciò non impedisce, chiaramente, che l'impugnazione sia proposta anche prima delle predette comunicazioni, qualora gli esiti della verifica siano conosciuti per altra via.

7. La decorrenza del termine per instaurare i giudizi di impugnazione avverso le sentenze e le ordinanze cautelari di primo grado

Per quanto concerne la decorrenza del termine per instaurare i giudizi di secondo grado, occorre distinguere tra le impugnazioni proposte avverso le sentenze e quelle proposte avverso le ordinanze cautelari collegiali.

⁸² Cfr. L. BERTONAZZI, *Limiti applicativi del nuovo giudizio di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. e sua compatibilità con la tutela cautelare*, in *ilmerito.org*, 28 gennaio 2018.

⁸³ Cons. St., Sez. V, n. 726/2018.