Claudio Guccione - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 luglio 2020, n. 12 - Pres. Patroni Griffi - Est. Maruotti - Miorelli Service S.p.a. c. Gestore dei Servizi Energetici S.p.a., Co.L.Ser. s.c.r.l., Consip S.p.a.

"a) il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell'art. 29, d.lgs. n. 50 del 2016;
b) le informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati ovvero per accertarne altri, consentono la proposizione non solo dei motivi aggiunti, ma anche di un ricorso principale;
c) la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta;
d) la pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, *ex* art. 29 del decreto legislativo n. 50 del 2016, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione;
e) sono idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati".

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Cons. Stato, Sez. V, 10 giugno 2019, n. 3879; Sez. V, 27 novembre 2018, n. 6725; Cons. Stato, Sez. V, 20 settembre 2019, n. 6251; Sez. V, 2 settembre 2019, n. 6064; Sez. V, 13 agosto 2019, n. 5717, Sez. III, 6 marzo 2019, n. 1540.
Difforme	Cons. Stato, Sez. V, 28 ottobre 2019, n. 7384; Sez. IV, 23 febbraio 2015, n. 856; Sez. V, 20 gennaio 2015, n. 143.

(*Omissis*)

Il *dies a quo* per l'impugnazione degli atti di gara

di Maria Ferrante

Il contributo ha ad oggetto la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 12/2020, con cui sono stati forniti importanti chiarimenti sul tema della decorrenza del termine per impugnare l'aggiudicazione di una procedura e sulla correlazione tra lo stesso e il termine per poter effettuare l'accesso agli atti di gara.
In sintonia rispetto alle indicazioni comunitarie, l'Adunanza Plenaria ha aderito all'orientamento maggiormente garantista del principio di effettività della tutela, attribuendo rilevanza fondamentale al momento della piena conoscenza del contenuto lesivo ed illegittimo del provvedimento da impugnare, con le naturali conseguenze in termini di dilazione temporale del termine di ricorso in caso di presentazione di istanza di accesso agli atti di gara.

Premessa ed evoluzione dei riferimenti normativi

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è stata chiamata ad esprimersi sulla *vexata quaestio* della determinazione del termine di impugnazione dell'aggiudicazione delle procedure di gara, con particolare riferimento al momento a partire dal quale lo stesso inizia a decorrere (1). L'intervento del Supremo

(1) Sul tema, si considerino tra gli scritti più recenti: D. Carfagno, *Termine di impugnazione nel processo amministrativo: per una piena conoscenza della motivazione*, 2012; C. Mucio, *Aggiudicazione e decorrenza del termine di impugnazione*, in *Urb. e app.*, 2013, 10, 1077; R. De Nictolis, *La Corte UE sulla decorrenza del termine di impugnazione dell'aggiudicazione*, in

Claudio Guccione - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Consesso amministrativo in seduta Plenaria si è rivelato necessario al fine di dissipare i dubbi che ancora residuavano sul tema, soprattutto relativamente alle forme e alle modalità di comunicazione dell'atto di aggiudicazione idonee a far decorrere il termine di impugnazione ed al caso in cui la parte ricorrente abbia effettuato l'accesso agli atti per avere maggiore contezza del contenuto dell'offerta dell'aggiudicatario nonché delle verifiche effettuate e delle valutazioni compiute dalla stazione appaltante. Peraltro, tale intervento si è reso indispensabile anche alla luce di una discrasia normativa, che meglio si illustrerà nel prosieguo, derivante dall'approvazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) e conseguente abrogazione del precedente D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, al quale invece fa ancora riferimento il codice del processo amministrativo; tant'è che l'Adunanza Plenaria, con la decisione in commento, ha effettuato anche una relativa segnalazione all'organo legislativo volta a risolvere l'antinomia rilevata.

Entrando nel merito della questione controversa, a livello normativo, la regola generale è sancita dall'art. 41, c. 2, c.p.a. che computa il decorso del termine per la proposizione dell'azione di annullamento a partire dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza del provvedimento lesivo ovvero dalla scadenza del termine di pubblicazione legale per i provvedimenti per i quali non sia prevista la comunicazione individuale (2).

Tale sistema generale è, poi, applicato anche a livello speciale dalla norma di riferimento in materia di contratti pubblici, rappresentata dall'art. 120, c. 5, c.p.a. (3), che individua i diversi momenti, in base alla

Urb. e app., 2014, 10, 1021; F. Nardocci, *Il termine per la proposizione del ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva al vaglio della Corte di Giustizia: luci e (ancora molte) ombre*, in *Il Nuovo Diritto Amministrativo*, 2014, 5, 57; D. Damonte, *Conoscenza del provvedimento amministrativo e termini di proposizione del ricorso al giudice amministrativo*, in *Riv. giur. edil.*, 2000, 1, 1135; S. De Paolis - B. Rinaldi, *Piena conoscenza ed effettività della tutela: riflessioni e attualità del pensiero dei maestri*, in atti del convegno sull'impugnabilità degli atti amministrativi, 2008, in *giustamm.it*; L. Ferrara, *Motivazione e impugnabilità degli atti amministrativi*, in *Foro amm.*, 2008, 1193; M.A. Sandulli, *I principi costituzionali e comunitari in materia di giurisdizione amministrativa*, in *federalismi.it*, 18, 2009; M.A. Sandulli, *Profili soggettivi e oggettivi della giustizia amministrativa: il confronto*, in *federalismi.it*, 3, 2017; R. Politi, *Il contenzioso in materia di appalti: dal recepimento della Direttiva ricorsi al Codice del processo amministrativo*, 11 ottobre 2010, in *www.giustizia-amministrativa.it*; R. De Nictolis, *Il rito abbreviato comune a determinate materie nel nuovo codice del processo amministrativo*, 23 settembre 2010, in *www.giustizia-amministrativa.it*; V. Salamone, *I riti speciali nel nuovo processo amministrativo*, 17 novembre 2010, in *www.giustizia-amministrativa.it*; E. Cannada Bartoli, *Decorrenza dei termini e possibilità di conoscenza dei vizi*, in *Foro amm.*, 1961, 1081; M.A. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, 242 ss.; 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, 1989, 249; S. Baccarini, *La comunicazione del provvedimento amministrativo tra prassi e nuove garanzie*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 1, 8; Id., *Motivazione ed effettività della tutela*, in *giustamm.it*; M.A. Sandulli, *Rilevanza e trasparenza dei motivi nel procedimento e nel processo*, in AA.VV., *Atti del Convegno di Brescia del 18-19 ottobre 1991*, Roma, 1995; R. Politi, *Decorrenza del termine per l'impugnazione del provvedimento in sede giurisdizionale e conoscenza della motivazione dell'atto: spunti di riflessione*, in *TAR*, 1999, 2, 133; R. Damonte, *Conoscenza del provvedimento amministrativo e termini di proposizione del ricorso al giudice amministrativo*, in *Riv. giur. edil.*, 2000, 1, 1135; A. Reggio d'Aci, *La piena conoscenza del provvedimento amministrativo e la decorrenza del termine per la sua impugnazione*, in *Urb. e app.*, 2007, 11, 1367; L. Ferrara, *Motivazione e impugnabilità degli atti amministrativi*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 1193; A. Marra, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, 2012; nonché, più recentemente, M.A. Sandulli, *Profili soggettivi e oggettivi della giustizia amministrativa: il confronto*, in *federalismi.it*, 3, 2017 nonché ai contributi generali sulla motivazione di F. Aperio Bella, *La motivazione del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, II ed., 2017, e di F. Cardarelli, *La motivazione del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, II ed., 2017, 374 ss. e R. Villata - M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 269 ss. L'ultima precedente pronuncia dell'Adunanza Plenaria in tema di termini di impugnazione e decorrenza degli stessi risale ad un paio di anni fa: cfr. Ad. Plen. n. 4/2018 sulle clausole immediatamente escludenti della *lex specialis* e sul conseguente onere di immediata impugnazione. Sempre sulle clausole immediatamente escludenti e sul termine di impugnazione, merita un richiamo la recentissima sentenza dell'Ad. Plen. n. 22/2020 che, con riguardo alle clausole normativamente "nulle" per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, statuisce l'inapplicabilità del termine di cui all'art. 31 c.p.a. e l'insussistenza dell'onere a carico del partecipante di un ricorso autonomo sulla nullità della clausola, con conseguente necessità di proporre ricorso per l'annullamento del successivo atto esecutivo della medesima clausola nel termine decadenziale prescritto.

(2) Art. 41, c. 2, c.p.a. "Notificazione del ricorso e suoi destinatari": "Qualora sia proposta azione di annullamento il ricorso deve essere notificato, a pena di decadenza, alla pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato e ad almeno uno dei controinteressati che sia individuato nell'atto stesso entro il termine previsto dalla legge, decorrente dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza, ovvero, per gli atti di cui non sia richiesta la notificazione individuale, dal giorno in cui sia scaduto il termine della pubblicazione se questa sia prevista dalla legge o in base alla legge".

(3) Per un commento generale all'art. 120 c.p.a. si vedano: R. De Nictolis, *Codice del processo amministrativo commentato*, Milano, IV ed., 2017; R. Chieppa, *Codice del processo amministrativo*, Milano, 2018; F. Caringella - M. Giustiniani - M. Protto - L. Tarantino, *Codice del Processo Amministrativo Ragionato - Le parole chiave della giurisprudenza e della dottrina*, Roma, 2017; F. Caringella - L. Tarantino, *Codice del processo amministrativo annotato con la giurisprudenza*, Roma, 2015; G. Severini, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici (l'art. 204 del Codice degli appalti pubblici e delle concessioni, ovvero il nuovo art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 3 giugno 2016; G. Veltri, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; L. Cocchi, *Prime osservazioni sul nuovo rito appalti*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; M. Sinisi, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, 2017, 314.

Claudio Guccione - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tipologia dell'atto impugnato, da considerare quali *dies a quo* per la decorrenza del breve termine di impugnazione previsto in trenta giorni. In particolare, secondo la previsione legislativa in esame, (i) per il ricorso principale e per motivi aggiunti deve considerarsi il momento della ricezione della comunicazione di cui all'art. 79, D.Lgs. n. 163/2006, (ii) per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, se autonomamente lesivi, il momento della pubblicazione di cui all'art. 66, c. 8, D.Lgs. n. 163/2006, (iii) in ogni altro caso, il momento della conoscenza dell'atto (4).

Si attribuisce, dunque, una rilevanza dirimente al momento della conoscenza/conoscibilità del provvedimento lesivo della posizione del ricorrente e, di conseguenza, agli adempimenti cui deve provvedere la stazione appaltante, ossia la pubblicazione e la comunicazione degli atti relativi alle procedure di affidamento, secondo quanto disposto dalle norme di riferimento, anche alla luce dell'orientamento europeo in materia (5).

Come accennato, il rimando letterale dell'art. 120 c. p.a. è ancora alle disposizioni del previgente Codice dei contratti pubblici del 2006 e, in particolare, agli artt. 79 e 66, c. 8, D.Lgs. n. 163/2006, di cui è possibile trovare oggi un equivalente rispettivamente negli artt. 76, c. 5 e 72, c. 2, D.Lgs. n. 50/2016. Tuttavia, l'impostazione scelta dal Legislatore è parzialmente mutata dalle vecchie alle nuove disposizioni e la mancata esatta corrispondenza tra le stesse ha ingenerato non pochi dubbi interpretativi negli operatori del settore, dal che è derivata la necessità di intervento da parte dell'Adunanza Plenaria.

Il Codice del 2016 ha sostanzialmente rappresentato la tappa finale di una evoluzione progressiva che, coniugando regole comunitarie e nazionali, prevede un ampio strumentario di mezzi per garantire la trasparenza e la conoscibilità degli atti di gara (6).

Al fine di assicurare tali obiettivi sono anzitutto dettate delle regole in tema di pubblicità, che soddisfano l'interesse alla conoscenza della platea indifferenziata degli operatori economici presenti sul mercato, mediante l'obbligo di pubblicazione sul sito della committente della maggior parte degli atti di gara, salve le eccezioni previste per gli appalti riservati e segretati (7).

Sono poi disciplinate, dall'art. 76, D.Lgs. n. 50/2016 (8), le comunicazioni che la stazione appaltante deve rivolgere ad una cerchia più ristretta di operatori economici, vale a dire quelli partecipanti in veste di offerenti o candidati alla procedura, distinguendo tra informazioni da rendere su istanza di parte (9) o

(4) Proprio tale riferimento a previsioni del D.Lgs. n. 163/2006, oramai abrogato ad opera del D.Lgs. n. 50/2016 senza che vi sia stata la corrispondente modifica anche dell'art. 120 c.p.a., crea l'antinomia rilevata dal Consiglio di Stato da cui derivano i problemi interpretativi relativi al *dies a quo* di decorrenza del termine di impugnazione. Cfr. punto 17 della sentenza in commento, secondo cui: "Con l'entrata in vigore del secondo codice degli appalti, sono dunque sorte le questioni interpretative, conseguenti in primo luogo al mantenimento nell'art. 120, c. 5, del c. p.a. del richiamo all'art. 79 del primo codice ormai abrogato, e in secondo luogo alla diversità di disciplina in materia di accesso, informazioni e pubblicità degli atti, contenuta nei due codici dei contratti pubblici susseguitisi nel tempo".

(5) Il Legislatore europeo, in ossequio al principio di effettività della tutela, è da sempre fermo nel considerare quale momento per il decorso del termine di impugnazione quello della notifica (Dir. 2007/66; considerando 6 e 7 e artt. 1, 2-*bis*, 2-*quater* e 2-*septies* Dir. 89/665/CEE e Dir. 1992/13/CEE, articoli che evidenziano anche la necessità di fornire agli offerenti e ai candidati interessati una relazione sintetica dei motivi della decisione).

Sulla necessità di garantire una conoscenza effettiva del provvedimento si è espressa anche la Corte di Giustizia nelle sentenze CGUE, Sez. V, sent., 8 maggio 2014, C-161/2013, in *Foro amm.*, 2014, 5, 1364; CGUE, Sez. III, sent., 28 gennaio 2010, C-406/08, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, II, 2010, 553, con nota di G. Carullo, *Appalti: il termine di ricorso fra incertezze interpretative e riforme legislative*.

Più di recente, la stessa Corte, chiamata a dirimere questioni pregiudiziali proprio sull'art. 120 c.p.a., ha inoltre precisato che i termini per proporre ricorsi avverso gli atti delle procedure di gara iniziano a decorrere solo quando "il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione" (CGUE, Sez. IV, sent. 14 febbraio 2019, C-54/18, in *Foro it.*, 2019, 9, IV, 431; CGUE, Sez. V, sent., 8 maggio 2014, C-161/13).

Sul tema, cfr. R. De Nictolis, *La Corte UE sulla decorrenza del termine di impugnazione dell'aggiudicazione*, cit.

(6) In questi termini, R. De Nictolis, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il D.Lgs. 56/2017*, Bologna ed., 2017, 1251.

Inoltre, nel caso in cui siano insufficienti tutti gli strumenti previsti dalla normativa, è ampiamente consentito all'operatore economico il diritto di accesso agli atti di gara, secondo le più recenti evoluzioni anche in termini di accesso civico: si veda, in proposito, la decisione dell'Ad. Plen., Cons. Stato, 2 aprile 2020, n. 10, in *Foro it.*, 2020, 7-8, III, 379 (cfr., anche, per un commento alla stessa, A. Berti, *Note a margine della pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 2 aprile 2020, n. 10: la qualificazione dell'istanza di accesso ai dati e documenti amministrativi*, 2020, pubblicato in *www.giustizia-amministrativa.it*; A. Moliterni, *Pluralità di accessi, finalità della trasparenza e disciplina dei contratti pubblici*, in questa *Rivista*, 2020, 4, 505).

(7) In via generale, cfr. art. 29, c. 1, D.Lgs. n. 50/2016 "Principi in materia di trasparenza" e con specifico riferimento agli avvisi e ai bandi di gara cfr. art. 72, D.Lgs. n. 50/2016 "Redazione e modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi" e art. 73, D.Lgs. n. 50/2016 "Pubblicazione a livello nazionale". Tale disciplina speciale, poi, è integrata con la disciplina più generale relativa ai principi di trasparenza nella pubblica amministrazione dettata dal D.Lgs. n. 33/2013, il cui art. 23 prevede l'obbligo di pubblicazione sulla sezione "Amministrazione Trasparente" dei rispettivi siti web dei provvedimenti finali dei procedimenti di scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, anche con riferimento alla modalità di selezione prescelta.

(8) La disposizione recepisce gli artt. 55, Dir. 2014/24/UE; 40, Dir. 2014/23/UE e 75, Dir. 2014/25/UE.

(9) Art. 76, c. 2, D.Lgs. n. 50/2016: "Su richiesta scritta dell'offerente e del candidato interessato, l'amministrazione aggiudicatrice comunica immediatamente e comunque entro quindici giorni dalla ricezione della richiesta: a) ad ogni offerente escluso, i motivi del rigetto della sua offerta, inclusi, per i casi di cui

Claudio Guccione - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

d'ufficio (10). Tra queste ultime figura anche l'immediata - e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni - comunicazione dell'aggiudicazione della procedura di gara, oggetto della pronuncia dell'Adunanza Plenaria in esame, mentre le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato l'appalto sono incluse dalla norma in esame tra le informazioni che la stazione appaltante è tenuta a fornire solo su richiesta di parte ed entro quindici giorni dalla stessa.

Ratio della descritta disciplina è di consentire una tempestiva e completa conoscibilità degli atti, coniugando le esigenze di celerità nella definizione di eventuali controversie nell'ambito del rito appalti con i principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, garantiti a livello costituzionale (11) ed eurounitario (12). Tuttavia, rispetto al vecchio Codice del 2006, quello attuale ha mancato di confermare alcune previsioni che avrebbero consentito il raggiungimento adeguato e totale dell'obiettivo.

In particolare, il previgente art. 79, D.Lgs. n. 163/2006, da un lato, imponeva che le comunicazioni d'ufficio fossero corredate dal provvedimento e dalla relativa motivazione con anche, se del caso, la trasmissione dei verbali di gara (13) e, dall'altro, prevedeva un diritto di accesso informale ai documenti di gara entro 10 giorni dalle comunicazioni di aggiudicazione o esclusione (14).

Invero la mancata trasposizione nel Codice del 2016 di tali disposizioni ha avuto l'effetto, nella prassi, di disattendere o comunque ritardare l'obiettivo di tempestiva e completa *discovery* degli atti di gara, con evidenti ripercussioni sull'efficacia del sistema processuale che prevede un rito accelerato per le controversie in materia di contratti pubblici. Per tale ragione, nell'incertezza degli operatori e degli interpreti del settore, l'intervento nomofilattico e chiarificatore dell'Adunanza Plenaria non poteva essere rimandato ulteriormente.

I precedenti giurisprudenziali sulla decorrenza del termine di proposizione del ricorso

La celerità del rito speciale in materia di appalti, così come pensata e descritta sin dalla Direttiva del Consiglio 89/665/CEE (15), sarebbe innegabilmente compromessa se si consentisse di mettere in discussione l'operato della stazione appaltante, contestandone l'irregolarità, in qualsiasi momento, senza limiti di tempo (16).

L'esatta individuazione del *dies a quo* per la proposizione di un eventuale ricorso avverso una procedura di gara risulta, pertanto, di fondamentale importanza al fine di cristallizzare gli effetti di quest'ultima, in ossequio ai principi di certezza ed efficienza dell'azione amministrativa.

Per tale ragione, già nella vigenza del precedente Codice dei contratti pubblici, la dottrina e la giurisprudenza si sono interrogate a lungo sul tema, dando vita a molteplici orientamenti. Le divergenze tra le posizioni si sono poi accentuate, come già precedentemente rilevato, con l'avvento del D.Lgs. n. 50/2016 ed il mancato coordinamento tra il medesimo e le disposizioni del c.p.a.

Sulla scorta del tenore letterale del già citato art. 120, c. 5, c.p.a., e sull'espresso richiamo all'art. 79, D.Lgs. n. 163 del 2006, la giurisprudenza distingueva tra il

all'articolo 68, commi 7 e 8, i motivi della decisione di non equivalenza o della decisione secondo cui i lavori, le forniture o i servizi non sono conformi alle prestazioni o ai requisiti funzionali; a-bis) ad ogni candidato escluso, i motivi del rigetto della sua domanda di partecipazione; b) ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta ammessa in gara e valutata, le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato l'appalto o delle parti dell'accordo quadro; c) ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta ammessa in gara e valutata, lo svolgimento e l'andamento delle negoziazioni e del dialogo con gli offerenti".

(10) Art. 76, c. 5, D.Lgs. n. 50/2016: "Le stazioni appaltanti comunicano d'ufficio immediatamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni: a) l'aggiudicazione, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione o sono in termini per presentare impugnazione, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se tali impugnazioni non siano state respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva; b) l'esclusione ai candidati e agli offerenti esclusi; c) la decisione di non aggiudicare un appalto ovvero di non concludere un accordo quadro, a tutti i candidati; d) la data di avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario, ai soggetti di cui alla lettera a) del presente comma".

(11) Cfr. art. 24 Cost.

(12) Cfr. art. 19 Trattato UE ed art. 47 Carta di Nizza; artt. 6 e 13 CEDU. Da sottolinearsi, peraltro, che l'Unione Europea ha ritenuto il settore dei contratti pubblici talmente rilevante da richiedere una maggiore garanzia di certezza dei rapporti giuridici nascenti e di effettività della tutela giurisdizionale, tanto da emanare sin dal lontano 1989 una direttiva relativa all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori: Dir. 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989; successivamente sostituita prima dalla Dir. 92/13/CEE del Consiglio del 25 febbraio 1992 e, infine, dalla Dir. 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007.

(13) Cfr. art. 79, c. 5-*bis*, D.Lgs. n. 163/2006.

(14) Cfr. art. 79, c. 5-*quater*, D.Lgs. n. 163/2006.

(15) Dir. 89/665/CEE del 21 dicembre 1989 che "coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori".

(16) In questo senso, T.A.R. Toscana, Sez. I, sent., 17 ottobre 2018, n. 1348, in *www.lamministrativista.it*, 18 ottobre 2018.

Claudio Guccione - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

caso in cui la stazione appaltante avesse inviato una comunicazione completa ed esaustiva dell'aggiudicazione, comprensiva delle ragioni di preferenza riconosciute all'offerta selezionata, e il caso in cui la stessa si fosse limitata a rendere nota l'avvenuta aggiudicazione e il nominativo dell'aggiudicatario.

Poche perplessità si ponevano nella prima ipotesi, con riferimento alla quale l'orientamento pressoché unanime individuava quale momento per l'inizio del decorso del termine di impugnazione la comunicazione del provvedimento, contenendo la comunicazione di aggiudicazione tutti gli elementi necessari ad individuare la sussistenza di un'eventuale lesione ed i profili di illegittimità, ove presenti. Nel secondo caso, invece, parte della giurisprudenza, prescindendo dal momento della comunicazione, accordava comunque rilevanza alla necessità dell'interessato di conoscere gli elementi dell'offerta dell'aggiudicatario per poter verificare la sussistenza di eventuali vizi nell'operato della Stazione appaltante (17).

Strettamente connessa, quindi, era poi la questione dell'eventuale incidenza del termine per la proposizione dell'accesso agli atti di gara sulla decorrenza del termine di impugnazione del provvedimento di aggiudicazione.

Nel previgente sistema, in ragione dell'espressa previsione, *ex* art. 79, D.Lgs. n. 163/2006, di un accesso c.d. informale, da espletarsi entro dieci giorni per consentire all'interessato di prendere visione ed estrarre copia della documentazione mancante (18), la giurisprudenza maggioritaria riteneva legittimo incrementare il termine di trenta giorni di un numero di giorni pari a quelli impiegati per formulare l'accesso (comunque entro i dieci consentiti dalla legge) (19). Ciò sempre nell'ottica di garantire all'operatore interessato piena contezza dell'atto e dei suoi eventuali profili di illegittimità, ove gli stessi non fossero già oggettivamente evincibili dalla mera comunicazione di aggiudicazione.

In questa stessa direzione si muovevano anche quelle pronunce che non consideravano iniziato il decorso del termine per l'impugnazione laddove l'amministrazione avesse illegittimamente negato l'accesso o adottato comportamenti dilatatori del termine, ritardando l'accesso con l'intento di ridurre il tempo per la proposizione del ricorso (20).

La situazione, tuttavia, si è complicata con l'avvento del Codice 2016 e la mancata trasposizione della regola dell'accesso informale nella nuova disposizione di riferimento, ossia l'art. 76, D.Lgs. n. 50/2016 (21): tale carenza, unitamente al mancato coordinamento dell'art. 120 c.p.a. con il nuovo Codice, ha diviso la giurisprudenza sul punto, creando di fatto due orientamenti completamente contrapposti (il che, poi, ha generato la necessità dell'intervento dell'Adunanza Plenaria con la sentenza in esame).

Un primo orientamento, sulla base di una sorta di automatismo applicativo, riteneva legittimo considerare il termine per la proposizione del ricorso differibile di quindici giorni, secondo l'indicazione fornita dal c. 2 dell'art. 76 (22). Tuttavia, mentre il previgente Codice individuava i dieci giorni quale limite per l'interessato per l'effettuazione dell'accesso informale, il nuovo termine è riferito alla stazione appaltante e al limite temporale massimo per evadere l'istanza, senza alcuna prescrizione all'operatore economico rispetto ad un onere di presentare celermente detta istanza. Appare, dunque, impropria o quantomeno discutibile una simile assimilazione.

Secondo una posizione più rigorosa, invece, sempre per effetto del tenore letterale del citato art. 120, c. 5,

(17) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, sent., 26 luglio 2017, n. 3679; Cons. Stato, sent., 27 aprile 2017, n. 1953, in *Foro amm.*, 2017, 4, 845; Cons. Stato, sent., 13 febbraio 2017, n. 592, in *Foro amm.*, 2017, 2, 306; Cons. Stato, sent., 26 novembre 2016, n. 4916; Cons. Stato, sent., 3 febbraio 2016, n. 408, in *Foro amm.*, 2016, 2, 309; CGARS, Sez. Giurisd., sent., 8 giugno 2017, n. 274, in *Foro amm.*, 2017, 6, 1339.

(18) Salvo il caso di provvedimenti di esclusione o differimento dell'accesso adottati ai sensi dell'art. 13, D.Lgs. n. 163/2006.

(19) In questo senso, cfr. Cons. Stato, Sez. III, sent., 28 agosto 2014, n. 4432, in *Foro amm.*, 2014, 7-8, 1948; Cons. Stato, Sez. V, sent., 5 febbraio 2018, n. 718, in *www.lamministrativista.it*, 6 febbraio 2018; Cons. Stato, Sez. III, sent., 3 luglio 2017, n. 3253, in *www.lamministrativista.it*, 4 luglio 2017; Cons. Stato, Sez. V, sent., 27 aprile 2017, n. 1953, in *Foro amm.*, 2017, 4, 845; Cons. Stato, sent., 23 febbraio 2017, n. 851; Cons. Stato, sent., 13 febbraio 2017, n. 592, in *Foro amm.*, 2017, 2, 306; Cons. Stato, sent., 10 febbraio 2015, n. 864.

(20) Così Cons. Stato, Sez. III, sent., 22 luglio 2016, n. 3308; Cons. Stato, sent., 3 marzo 2016, n. 1143, in *Foro amm.*, 2016, 3, 560; Cons. Stato, Sez. V, sent., 7 settembre 2015, n. 4144; Cons. Stato, sent., 6 maggio 2015, n. 2274; Cons. Stato, Sez. III, sent., 7 gennaio 2015, n. 25; Cons. Stato, Sez. V, sent., 13 marzo 2014, n. 1250, in *Foro amm.*, 2014, 3, 818.

(21) Pare, infatti, pacifico che il richiamo espresso all'art. 79 del previgente Codice del 2006 effettuato dall'art. 120, c. 5, c.p.a. debba intendersi al nuovo art. 76, D.Lgs. n. 50/2016. In questo senso, si confrontino le recenti sentenze Cons. Stato, Sez. V, sent., 10 giugno 2019, n. 3879, in *www.lamministrativista.it*, 11 giugno 2019; Cons. Stato, sent., 27 novembre 2018, n. 6725, in *Foro amm.*, 2018, 11, 1938.

(22) Si confrontino, ad esempio, Cons. Stato, Sez. III, sent., 21 novembre 2019, n. 7935; Cons. Stato, Sez. V, sent., 20 settembre 2019, n. 6251; Cons. Stato, sent., 2 settembre 2019, n. 6064, in *Foro amm.*, 2019, 9, 1456; Cons. Stato, sent., 13 agosto 2019, n. 5717; Cons. Stato, Sez. III, sent., 6 marzo 2019, n. 1540.
È rimasta ferma la regola secondo cui se l'amministrazione rifiuta illegittimamente l'accesso il termine non si "consuma": Cons. Stato, Sez. V, sent., 4 dicembre 2019, n. 8294; Cons. Stato, Sez. III, sent., 6 marzo 2019, n. 1540.

Claudio Guccione - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

c.p.a., i trenta giorni per l'impugnazione dovevano considerarsi decorrenti dalla ricezione della comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione da parte della stazione appaltante, a prescindere dalla completezza o meno delle informazioni comunicate, ovvero, in mancanza, dalla conoscenza dell'aggiudicazione che l'interessato avesse acquisito in altro modo (23).
Questo orientamento, al fine di assicurare comunque una tutela giurisdizionale piena anche per i vizi del provvedimento conosciuti solo in seguito alla sua comunicazione, faceva riferimento alla possibilità di proporre in tal caso motivi aggiunti.
Tale dibattitto giurisprudenziale era diventato insostenibile, inficiando nella pratica l'effettività della tutela giurisdizionale in materia di appalti e la certezza del diritto in relazione alla necessità di evitare di incorrere in decadenze. Dunque, le molteplici (e talvolta incompatibili tra loro) posizioni assunte sulla questione, analiticamente ripercorse dall'Adunanza Plenaria in commento e ancor prima dall'ordinanza di rimessione che vi ha dato luogo (ord. di rimessione all'Ad. Plen., Cons. Stato, Sez. V, 2 aprile 2020, n. 2215), necessitavano di essere superate da una interpretazione autorevole ed univoca dell'attuale quadro regolatorio. L'obiettivo doveva essere quello di individuare con certezza i momenti a partire dai quali si innesca l'onere di impugnare gli atti delle procedure di gara, con particolare riguardo all'aggiudicazione finale, evitando di riproporre la via dei cc. dd. "ricorsi al buio" che presuppone la messa in moto della macchina della giustizia senza che il ricorrente abbia effettivamente avuto contezza delle motivazioni - e quindi dei possibili vizi - dei provvedimenti ritenuti lesivi (24).

Il fatto e l'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria

Entrando nel merito della decisione in commento, la fattispecie sottesa al caso esaminato concerneva una procedura per l'affidamento del servizio di pulizia degli uffici delle società del gruppo Gestore Servizi Energetici S.p.a. (GSE), mediante sistema dinamico di acquisizione della pubblica amministrazione, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.
Una volta conclusasi la gara ed espletata la verifica della congruità dell'offerta, in data 29 ottobre 2018 veniva pubblicata la determina dirigenziale di aggiudicazione sul SDAPA e, per estratto, sul sito della stazione appaltante.
Il sistema informatico in automatico registrava che l'operatore secondo classificato prelevava la determinazione il giorno stesso della pubblicazione e ne acquisiva lettura il giorno seguente (in data 30 ottobre 2018). Solo successivamente, in data 6 novembre, la stazione appaltante provvedeva all'invio anche via PEC, direttamente ai concorrenti, di una copia del provvedimento.
Trascorso un mese da tale ultima comunicazione (il giorno 6 dicembre 2018) il concorrente secondo classificato proponeva ricorso avverso l'aggiudicazione per l'asserita erronea attribuzione di un punteggio relativo all'offerta tecnica vincitrice.
Costituitasi in giudizio, la stazione appaltante eccepiva la tardità dell'azione di annullamento proposta e, persuaso dalla tesi, il Giudice di prime cure dichiarava l'irricevibilità dello stesso (25). Secondo il Collegio, infatti, il termine di trenta giorni avrebbe dovuto essere conteggiato a partire dal momento della pubblicazione del provvedimento sul profilo del committente e non dalla successiva comunicazione individuale, per cui il ricorso sarebbe stato notificato una volta decorso il termine di impugnazione prescritto dalla legge.
La sentenza del T.A.R. veniva, dunque, appellata e, considerata l'importanza della questione sottesa e i contrapposti orientamenti espressi dalla giurisprudenza sul punto, la sezione adita del Consiglio di Stato ha ritenuto di richiedere l'intervento nomofilattico dell'Adunanza Plenaria, onde evitare l'ulteriore consolidarsi di contrasti giurisprudenziali fortemente pregiudizievoli in materia.
Con ordinanza di rimessione n. 2215/2020 (26), quindi, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha sollevato diverse questioni incentrate sul concetto di

(23) Secondo l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato nelle sentenze Cons. Stato, Sez. V, sent., 28 ottobre 2019, n. 7384, in *www.lamministrativista.it*, 29 ottobre 2019; Cons. Stato, Sez. IV, sent., 23 febbraio 2015, n. 856, in *Foro amm.*, 2015, 2, 452; Cons. Stato, Sez. V, sent., 20 gennaio 2015, n. 143, in *D&G*, 9 febbraio 2015, e *Guida dir.*, 2015, 7, 82 con nota di A. Masaracchia, secondo cui il *dies a quo* sarebbe costituito dal momento di ricezione della comunicazione dell'aggiudicazione, ed altri vizi percepibili *aliunde*, per i quali il termine di impugnazione comincerebbe a decorrere dal momento dell'effettiva conoscenza, non avrebbe riscontro nel diritto positivo.

(24) E che, nella maggior parte dei casi, porta a pronunce di inammissibilità per genericità dei motivi dedotti (cfr., decisione Adunanza Plenaria in commento, punto 31). Sul punto, si veda il commento di M.A. Sandulli, *L'Adunanza Plenaria n. 12/2020 esclude i "ricorsi al buio" in materia di contratti pubblici, mentre il legislatore amplia le zone grigie della tutela*, in *www.giustiziainsieme.it*.

(25) T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, sent., 18 marzo 2019, n. 3552.

(26) Cons. Stato, ord., 2 aprile 2020, n. 2215.

Claudio Guccione - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

"piena conoscenza" (27) del provvedimento lesivo, che possono essere ricondotte a tre filoni tematici strettamente connessi tra loro.
In via generale, il tema è quello dell'esatta individuazione del *dies a quo* per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, la cui soluzione, secondo il Collegio, è da ricercarsi tra un orientamento più formalista, che ritiene sufficiente la conoscenza degli elementi essenziali del provvedimento, ed uno più recente e sostanzialista, che si incentra, invece, sulla nozione di comunicazione completa ed esaustiva (28).
Nello specifico, una prima questione è, dunque, da ravvisarsi (i) nella corretta delineazione e perimetrazione del contenuto più o meno ampio della comunicazione o della pubblicazione degli atti di gara.
In secondo luogo, il Giudice remittente ha ritenuto fondamentale (ii) chiarire il ruolo e l'incidenza - in termini di dilazione temporale - dell'eventuale accesso agli atti promosso dall'operatore economico futuro ricorrente e, infine, (iii) individuare le diverse modalità tramite cui il concorrente aggiudicatario può venire informato dell'esito della gara e di tutti gli atti relativi all'intero procedimento.

La decisione dell'Adunanza Plenaria

Il Consiglio di Stato, in sede di ordinanza di rimessione prima e in seduta Plenaria poi, si è trovato a dover compiere, anzitutto, una imponente opera di ricostruzione sistematica, tra mutati riferimenti normativi e divergenti orientamenti giurisprudenziali, per poi poter esprimere le proprie conclusioni nomofilattiche sulle questioni sollevate con l'ordinanza Cons. Stato n. 2215/2020.

Con riguardo alle prime due tematiche, connesse tra loro, relative (i) al contenuto delle comunicazioni e (ii) all'eventuale accesso agli atti promosso dal concorrente non aggiudicatario, l'Adunanza Plenaria ha accolto l'orientamento interpretativo, da sempre sostenuto a livello europeo, fondato sul principio della piena ed effettiva conoscenza. La effettiva lesività del provvedimento può essere, infatti, percepita solo una volta avuto riguardo delle motivazioni poste a fondamento dello stesso. È la contezza dell'*iter* logico seguito dalla stazione appaltante che consente di valutare, a monte, l'opportunità stessa di proporre o meno ricorso (29).
L'obiettivo di fornire una conoscenza integrale è perseguito, anzitutto, tramite la trasmissione da parte della stazione appaltante di comunicazioni più complete, non costituite soltanto dal mero dispositivo del provvedimento e, in ogni caso, dovrebbe essere in definitiva assicurato in via giurisdizionale (30).
In questo senso, il termine per l'impugnazione inizia a decorrere dalla comunicazione del provvedimento, se completa nel suo contenuto secondo le indicazioni fornite dal previgente art. 79, commi 2 e 5, D.Lgs. n. 163/2006 (come detto, oggi trasfuse nell'art. 76, D.Lgs. n. 50/2016). Poiché, tuttavia, la presunta violazione di norme nazionali o comunitarie non sempre è direttamente percepibile dal mero contenuto della comunicazione assume fondamentale rilievo anche il momento dell'accesso agli atti, quale condizione per la piena conoscenza delle scelte compiute dall'amministrazione e del percorso argomentativo sotteso all'adozione del provvedimento.
Ne consegue che il termine concesso per esercitare l'accesso informale (31) -originariamente previsto in dieci giorni dall'art. 79, c. 5-*quater*, D.Lgs. n. 163/2006, e oggi in quindici *ex* art. 76, c. 2, D.Lgs. n. 50/2016 (32) - deve comportare una inevitabile

(27) L'individuazione del momento in cui il provvedimento si ritiene essere pervenuto nella piena conoscenza dell'operatore economico è, infatti, essenziale al fine dell'individuazione del decorso del termine di impugnazione. Sul punto, CGUE, C-161/13 (in *Giurisdiz. amm.*, 2013, ant., 961; in *Urb. e app.*, 2014, 1021, con nota di commento di R. De Nictolis; in *Nuovo notiziario giur.*, 2015, 205, con nota di commento di Barbieri; in *www.lineeavcp.it*, 27 maggio 2014, con nota di F. Aperio Bella), cit. ha statuito che "i termini imposti per proporre tali ricorsi cominciano a decorrere solo nel momento in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione (...)" e, inoltre, che "la possibilità di proporre motivi aggiunti non costituisce sempre un'alternativa valida di tutela effettiva". Le medesime conclusioni sono state confermate anche nella pronuncia della CGUE in causa C-54/18 in tema di compatibilità dell'ormai abrogato rito super accelerato *ex* art. 120, c. 2-*bis*, c.p.a. con i principi eurounitari.

(28) Con ciò si intende una comunicazione che, oltre al provvedimento, renda note anche le ragioni di preferenza e le caratteristiche fondamentali dell'offerta del soggetto aggiudicatario per poter esercitare consapevolmente un'azione giurisdizionale. Sulla distinzione tra orientamento formale e sostanziale, cfr. S.S. Scoca, *Contratti pubblici: l'effettività della tutela tra formalismo e sostanzialismo*, in *Giur. it.*, 2015, 3, 698 ss.

(29) Sul punto, v. G. Carullo, *Appalti: il termine di ricorso fra incertezze interpretative e riforme legislative*, in *Riv. italiana dir. pubb.*, 2010, 2, 553.

(30) Secondo la giurisprudenza comunitaria, il Giudice sarebbe tenuto a disapplicare disposizioni nazionali che non si attengano al principio della conoscenza integrale degli atti, dovendo finanche provvedere alla proroga del termine di impugnazione *iussu iudicis* (così CGUE, sent., 28 gennaio 2010, C-406/08, cit.).

(31) Stante la mancata trasposizione della previsione di cui all'art. 79, c. 5-*quater*, D.Lgs. n. 163/2006 nel nuovo Codice, l'Adunanza Plenaria in commento ha chiarito che "rilevano le disposizioni generali sull'accesso informale, previste dall'art. 5 del regolamento approvato con d.P.R. n. 184/2006" (Ad. Plen. n. 12/2020, punto 24).

(32) V. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 12/2020, punto 19.

Claudio Guccione - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dilazione temporale del termine per impugnare. L'Adunanza Plenaria ha, infatti, riconosciuto l'opportunità di sommare ai trenta giorni per l'impugnazione dei provvedimenti i giorni - fino ad un massimo di quindici - impiegati dalla stazione appaltante per evadere l'istanza, purché, ovviamente, quest'ultima sia tempestiva e conforme a tutti i crismi di legge.
La *ratio* è chiaramente quella di non far ricadere l'inerzia e il ritardo dell'amministrazione sul soggetto privato, menomandone il diritto alla difesa, e, nello stesso senso, deve intendersi anche la precisazione del Collegio secondo cui il rifiuto o i comportamenti dilatori dell'accesso impediscono la decorrenza stessa del termine (33).
Siffatta conclusione pare, dunque, in grado di incentivare comportamenti virtuosi sia dal lato dell'istante che dal lato dell'Amministrazione perché i ritardi nel formulare l'istanza o nel riscontrarla incidono in maniera diretta sulla durata del termine di impugnazione, rispettivamente riducendolo ovvero dilatandolo. Mentre l'operatore secondo classificato ha tutto l'interesse ad accedere tempestivamente ai documenti di gara per disporre del tempo necessario per l'eventuale ricorso, la stazione appaltante, dal canto suo, ha tutto l'interesse a che il termine per impugnare spiri velocemente al fine di cristallizzare gli atti della procedura di gara.
Da ultimo, con riferimento alla terza linea tematica affrontata dalla Plenaria su sollecitazione dell'ordinanza di rimessione, la sentenza ha passato in rassegna tutte le possibili modalità tramite cui l'operatore può venire informato degli atti di gara e dell'esito della stessa (34). In particolare, vengono in rilievo le regole in tema di informazione dei candidati e degli offerenti di cui all'art. 76, D.Lgs. n. 50/2016, le regole sull'accesso informale *ex* art. 5, d.P.R. n. 184/2006 nonché le regole sulla pubblicazione degli atti, completi dei relativi allegati, sancite dall'art. 29, c. 1, D.Lgs. n. 50/2016 (35) che espressamente stabilisce che "i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente" (36).
Come già evidenziato, tuttavia, il nuovo art. 76 ha una portata più limitata rispetto all'articolo di riferimento in tema di comunicazioni del previgente Codice. Le comunicazioni "su richiesta di parte" non comprendono più, ad esempio, i verbali di gara e le comunicazioni "d'ufficio" non includono l'ostensione automatica anche delle caratteristiche e dei vantaggi dell'offerta selezionata - ostensione subordinata, oggi, alla esplicita richiesta in tal senso.
Tali differenze appalesano l'incompletezza della documentazione fornita, traducendosi in una minore garanzia informativa concessa e in una conoscibilità solamente parziale. Pertanto, la soluzione che il Collegio sembra proporre per colmare le lacune è un'implementazione della concreta applicazione dell'art. 29, D.Lgs. n. 50/2016, incentivando la pubblicazione generalizzata sul portale della stazione appaltante di tutti gli atti di gara - verbali e valutazioni sulle offerte operate dalle commissioni compresi.
In definitiva, come correttamente rilevato dall'Alto Consesso, il sistema che risulta dal complessivo nuovo assetto normativo può funzionare sempre che, da un lato, le amministrazioni rispettino i doveri di trasparenza e pubblicità e, dall'altro, le imprese, in ossequio agli obblighi di diligenza ricadenti sulle stesse, consultino regolarmente il profilo del committente e si attivino tempestivamente con le richieste di accesso.
Per concludere e riepilogare, dunque, l'Ad. Plen. n. 12/2020 ha sancito: (a) l'idoneità della pubblicazione degli atti di gara *ex* art. 29, D.Lgs. n. 50/2016, nei termini anzidetti, a far decorre il termine di impugnazione; (b) l'idoneità delle informazioni ottenute d'ufficio o su richiesta del concorrente, ai sensi dell'art. 76, D.Lgs. n. 50/2016, a consentire la proposizione di un ricorso non solo per motivi aggiunti ma anche principale nel caso in cui, tramite le stesse, si ottengano ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati ovvero per accertarne altri; (c) l'idoneità della proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara a comportare una dilazione temporale del termine di impugnazione quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta. Restano, in ogni caso, idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati.

(33) Cons. Stato, Ad. Plen., n. 12/2020, punto 25.2.
(34) Come rammentato nell'ordinanza di rimessione n. 2215/2020 è stata, anzitutto, ritenuta inidonea a far decorrere il termine di impugnazione la pubblicazione della delibera di aggiudicazione sull'albo pretorio (Cons. Stato, Sez. V, sent., 25 luglio 2019, n. 5257, in *Foro amm.*, 2019, 7-08, 1248; Cons. Stato, sent., 23 luglio 2018, n. 4442, in *www.lamministrativista.it*, 24 luglio 2018; Cons. Stato, sent., 23 novembre 2016, n. 4916) ovvero sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea (Cons. Stato, Sez. V, 20 settembre 2019, n. 6251).
(35) V. Ad. Plen. n. 12/2020, punto 29.
(36) Tale ultima specificazione è stata aggiunta dal correttivo al Codice dei contratti pubblici - D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

Claudio Guccione - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La piena conoscenza degli atti di gara

Come evidenziato, uno dei principali profili posti all'attenzione dell'Adunanza Plenaria riguarda gli strumenti di piena conoscenza degli atti di gara ritenuti idonei ai fini del decorso del termine di impugnazione.
Il dato imprescindibile di partenza, ampiamente riconosciuto dalla sentenza in commento, è rappresentato dalla necessità che sia individuata una data oggettivamente certa quale *dies a quo* per il decorso del termine di impugnazione degli atti di gara, in generale, e dell'aggiudicazione in particolare. Sul punto, l'Alto Consesso ha, innanzitutto, confermato che il richiamo all'art. 79 del vecchio Codice contenuto nell'art. 120 c.p.a. debba indubbiamente intendersi sostituito con il riferimento all'art. 76, D.Lgs. n. 50/2016 (37).
Ai fini della decorrenza del termine, vengono in rilievo:
a. le regole imposte alle stazioni appaltanti in relazione alle comunicazioni ed informazioni da fornire agli offerenti di cui all'art. 76 del Codice 2016;
b. le regole sull'accesso informale agli atti di cui all'art. 5, d.P.R. n. 184/2006, che deve però essere esercitato entro il termine indicato dall'art. 76 del Codice;
c. le norme sulla pubblicazione degli atti sul profilo di committente previste dall'art. 29, D.Lgs. n. 50/2016, dal cui rispetto l'Adunanza Plenaria fa discendere l'effetto di conoscenza legale dei medesimi provvedimenti.
Ebbene, la principale novità contenuta nella decisione in commento è sicuramente costituita dall'effetto di pubblicità legale attribuita dall'Alto Consesso alla pubblicazione degli atti di gara sul profilo di committente. L'Adunanza Plenaria, infatti, nel far decorrere il termine, in primo luogo, dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, automaticamente attribuisce importanza prioritaria a tale strumento rispetto alla comunicazione personale dei provvedimenti ai singoli operatori economici concorrenti in gara.
Tale soluzione, sebbene pienamente comprensibile e coerente sotto il profilo delle ricordate esigenze di certezza nell'individuazione del *dies a quo* di decorrenza del termine di impugnazione, desta alcune perplessità almeno sotto due profili.
In primo luogo, tale soluzione tende inevitabilmente ad assegnare ai concorrenti un preciso onere di farsi parte diligente nel proprio interesse, essendo tenuti a monitorare costantemente il profilo di committente, mentre in concreto deresponsabilizza le stazioni appaltanti rispetto al proprio onere di procedere tempestivamente alle comunicazioni individuali dei provvedimenti agli operatori economici. Detto orientamento è in aperta controtendenza rispetto al passato, quando la giurisprudenza riconosceva ai ritardi delle amministrazioni nelle comunicazioni l'effetto sospensivo della decorrenza del termine di ricorso (38). Peraltro, il riconoscimento del carattere di pubblicità legale della pubblicazione sul profilo di committente, in conformità alle regole generali in materia, farebbe cadere qualsiasi necessità di verifica in concreto della conoscenza del provvedimento acquisita dal concorrente.
Tale orientamento, inoltre, sotto altro profilo, sembra porsi in contrasto con la disciplina generale in materia, secondo cui il valore di pubblicità legale e, dunque, di presunzione legale di conoscenza può derivare esclusivamente da una disposizione normativa che lo preveda. Per quanto concerne, nello specifico, la pubblicazione telematica di atti e provvedimenti, l'art. 32, L. n. 69/2009, del tutto conformemente alla previsione generale contenuta all'art. 54, c. 4-*bis*, D.Lgs. n. 82 del 2005 (Codice dell'amministrazione digitale), prescrive che "la pubblicazione telematica produce effetti di pubblicità legale nei casi e nei modi espressamente previsti dall'ordinamento". Ne consegue che la pubblicazione telematica dell'atto possa concretare forma di pubblicità legale, idonea a far decorrere il termine di impugnazione, solo quando sia prescritta da specifiche norme (39). Ebbene, nel caso di specie, non vi è alcuna norma specifica che ricolleghi questo effetto di pubblicità legale alla pubblicazione degli atti di

(37) Sul punto, ad ogni modo, come accennato, in applicazione dell'art. 58, R.D. n. 444/1942, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto di trasmettere copia della presente sentenza alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, per la doverosa segnalazione del rilevato mancato coordinamento tra le norme, affinché sia disposta una modifica legislativa "ispirata alla necessità che vi sia un sistema di termini di decadenza sufficientemente preciso, chiaro e prevedibile, disciplinato dalla legge con disposizioni di immediata lettura da parte degli operatori cui si rivolgono le direttive dell'Unione Europea".

(38) Si fa riferimento alla giurisprudenza per cui la violazione del previgente termine di 5 giorni per le comunicazioni agli offerenti prescritto dall'art. 79, D.Lgs. n. 163/2006 non costituisse vizio di illegittimità della procedura ma comportasse il mancato decorso del termine di impugnazione sino al ricevimento della comunicazione relativa da parte del concorrente (Cfr., *ex multis*, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, sent. 1° dicembre 2014, n. 12059).

(39) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 30 novembre 2015, n. 5398; Cons. Stato, Sez. IV, 26 aprile 2006, n. 2287, in *Foro amm. CDS*, 2006, 4, 1158. Si veda anche, sul punto, A. Biamonte, *Pubblicazione telematica e conoscibilità legale degli atti*, in *www.diritto.it*, 2018.

Claudio Guccione - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

gara sul profilo di committente ed anzi il codice del processo amministrativo fa riferimento espresso alla comunicazione del provvedimento quale atto da cui decorre il termine di impugnazione.
A ciò si aggiunga che il novero degli atti pubblicati sul profilo di committente è di prassi molto limitato e non include neppure i verbali di gara (40). Tale limitatezza, dunque, impedirebbe già di per sé il concretarsi del presupposto di piena conoscibilità necessario a far decorrere il termine di impugnazione.
Per tale profilo, infatti, deve evidenziarsi, come ribadito anche nella decisione in commento, che il decorso del termine di impugnazione può avere avvio solo ed esclusivamente nella misura in cui dalla pubblicazione dei provvedimenti o dalla comunicazione individuale degli stessi, comunque, emergano i contenuti essenziali della motivazione necessari a verificare eventuali profili di illegittimità.
A tal fine, dunque, assume rilievo dirimente l'accesso agli atti, finalizzato ad acquisire documenti ed informazioni nella disponibilità della stazione appaltante non forniti congiuntamente al provvedimento di aggiudicazione.

L'accesso agli atti e la dilazione del termine di impugnazione

Il tema dell'accesso agli atti nella decisione in commento assume rilievo sotto due diversi profili: 1) le modalità e tempistiche di esercizio del diritto di accesso, e 2) le ricadute dilatorie sul decorso del termine di impugnazione dell'aggiudicazione.
Quanto al primo profilo, come evidenziato, l'Adunanza Plenaria, al fine evidente di recuperare l'efficienza garantita in proposito dal previgente art. 79, D.Lgs. n. 163/2006, fa riferimento all'accesso informale di cui all'art. 5, d.P.R. n. 184/2006, il quale disciplina l'accesso informale in determinate circostanze. In particolare, nella sentenza in commento si rileva che tale previsione normativa debba considerarsi "quale normativa di chiusura anche quando si tratti di documenti per i quali l'art. 29 citato non prevede la pubblicazione". Poiché la citata norma disciplina l'accesso agli atti nell'ipotesi in cui manchino controinteressati (proprio per tale ragione la legge consente l'assenza di specifiche formalità), la decisione in parola non chiarisce se il richiamo valga ad escludere la necessità di comunicazione ai controinteressati o meno (considerato che, ove trattasi di provvedimento di aggiudicazione, è sempre scontata la presenza di almeno un controinteressato). Diversamente opinando, si dovrebbe ritenere che il concorrente possa presentare istanza di accesso in maniera informale, ma comunque debba attendere il termine di dieci giorni concessi al controinteressato per opporsi all'accesso.
Ad opinione della scrivente, sotto tale profilo, si dovrebbe propendere per l'assenza di un obbligo di notifica al controinteressato: il quadro normativo in materia di contratti pubblici, infatti, prescrive che i concorrenti debbano specificare già in sede di offerta eventuali contenuti sottratti all'accesso e motivarne le ragioni, per cui sembra doversi escludere un'opposizione a posteriori a valle dell'aggiudicazione (41).
Quanto ai tempi di esercizio dell'accesso ed alla conseguente dilazione del termine di impugnazione del provvedimento, l'Adunanza Plenaria appare lasciare alcuni dubbi residui di difficile risoluzione: non è chiaro, infatti, se la dilazione debba essere considerata in ogni caso per i giorni necessari all'esercizio dell'accesso ovvero se intervenga solo nel caso di superamento dei quindici giorni previsti dalla normativa per responsabilità della stazione appaltante.
Si è dell'avviso che, nell'ipotesi in cui l'accesso agli atti venga assentito nei termini di legge, non dovrebbe darsi luogo ad alcuna dilazione, dovendosi rispettare dunque il termine di impugnazione di 30

(40) Quanto alla prassi invalsa tra le stazioni appaltanti, si consideri che sia la Deliberazione ANAC n. 1310/2016 (rivolta alle Pubbliche Amministrazioni "pure") sia la Determinazione ANAC n. 1134/2017 (rivolta agli enti di diritto privato a rilevanza pubblica), con riguardo alle operazioni della commissione oggetto di pubblicazione, fanno riferimento ai meri "elenchi dei verbali della commissione di gara" ovvero all'"elenco dei provvedimenti, con particolare riferimento ai provvedimenti finali dei procedimenti di scelta del contraente".

(41) L'art. 53, D.Lgs. n. 50/2016 (analogamente al previgente art. 13, D.Lgs. n. 163/2006), difatti, esclude dall'accesso "informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali". La giurisprudenza formatasi su tale previsione normativa ha ritenuto che la tutela del segreto tecnico o commerciale non può essere, per la prima volta, evidenziata in sede di opposizione all'istanza di accesso, dovendo essere tale indicazione oggetto di esplicita dichiarazione resa in sede di offerta e che compete all'amministrazione aggiudicataria, in sede di valutazione dell'istanza di accesso pervenuta, valutare, sulla base della dichiarazione in precedenza resa dall'offerente, se l'inerenza del documento al segreto tecnico o commerciale si fondi su una "motivata e comprovata dichiarazione" (T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 14 marzo 2018, n. 222, in *Foro amm.*, 2018, 3, 486; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 27 giugno 2017, n. 741; si vedano anche Delibera ANAC n. 608 del 27 giugno 2018; Delibera ANAC n. 644 del 4 luglio 2018). Sul punto, si noti che l'ANAC nei propri bandi-tipo, al fine di incentivare un comportamento virtuoso delle stazioni appaltanti sul tema, prevede la presentazione in gara della dichiarazione di assenso all'accesso da parte degli altri concorrenti ovvero di opposizione comprovata e documentata.

Claudio Guccione - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

giorni dalla conoscenza del provvedimento. Tale conclusione appare in linea anche con l'orientamento eurounitario, secondo cui è congruo un termine di dieci giorni dalla conoscenza del provvedimento per la proposizione del ricorso in quanto idoneo a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale (42). Inoltre, tale conclusione appare necessitata nell'ottica di rispettare il termine di *stand still* di 35 giorni per la stipula del contratto: diversamente opinando, il termine di impugnazione diverrebbe in concreto un termine mobile, non ancorato come dovrebbe ad una data certa ed oggettiva.
Corrispondentemente, ove l'accesso venga colpevolmente ritardato dalla stazione appaltante, il termine residuo di quindici giorni per l'impugnazione dovrebbe cominciare a decorrere dal momento dell'integrale accesso agli atti.
Tale interpretazione appare supportata da quanto precisato al punto 27 della decisione in commento, secondo cui il termine di trenta giorni di cui all'art. 120 c.p.a. continua a decorrere dalla comunicazione dell'aggiudicazione nell'ipotesi "fisiologica" stabilita dall'ordinamento in cui, a fronte di rituale istanza di accesso, la stazione appaltante adempia tempestivamente nel rispetto del termine previsto dall'art. 76 del Codice.
Tuttavia, non si può non rilevare che sul tema il contenuto della decisione appare connotato da talune ambiguità, in quanto in alcuni punti sembra voler significare che il termine debba automaticamente prorogarsi di quindici giorni ogni qualvolta vi sia l'esercizio dell'accesso agli atti, mentre debba ricominciare a decorrere *ex novo* ove l'accesso venga assentito tardivamente rispetto alla previsione legislativa.
Tant'è vero che le prime interpretazioni sinora fornite dalla giurisprudenza di merito in relazione ai principi di diritto enunciati dalla sentenza in commento non sono del tutto univoche (43).

Considerazioni conclusive

La sentenza dell'Ad. Plen. n. 12/2020 indubbiamente si pone in linea con l'orientamento sviluppatosi negli ultimi anni, sia a livello legislativo che giurisprudenziale, volto a garantire un'accelerazione del processo in materia di appalti ed una maggiore certezza dell'esito delle procedure di gare, derogando su aspetti anche essenziali alla generale disciplina processuale amministrativa. Per tale profilo, non si possono non ricordare, a titolo esemplificativo e non esaustivo, i seguenti interventi:
- previsione di un termine ridottissimo eccezionale per l'impugnazione degli atti di gara che rappresenta un *unicum* (44);
- disciplina specifica degli effetti delle sentenze di accoglimento sull'efficacia dei contratti già stipulati (45);
- disciplina speciale derogatoria relativa all'impugnazione dell'ammissione e dell'esclusione dalle gare, pur ora abrogata (46);

(42) Cfr. art. 2-*quater*, Dir. CEE/89/665, come modificata dalla Dir. UE/2007/66.

(43) Ad esempio, secondo il T.A.R. Sicilia, Catania, "il termine per l'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione decorre sempre dal momento della comunicazione, ma deve 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 legittimità ove questi non siano oggettivamente evincibili dalla richiamata comunicazione" (T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. IV, 28 dicembre 2020, n. 3605).
Sempre muovendo dai principi espressi dall'Adunanza Plenaria, il T.A.R. Lazio, Roma, ha invece di recente ritenuto che nella ipotesi in cui la stazione appaltante tenga comportamenti dilatori che non consentano l'immediata conoscenza degli atti di gara "il termine di impugnazione comincia a decorrere solo a partire dal momento in cui l'interessato abbia avuto cognizione degli atti della procedura" (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 26 gennaio 2021, n. 1025).

(44) L'art. 120 c.p.a. prescrive che gli atti vadano impugnati entro 30 giorni, introducendo così un termine eccezionale in quest'ambito, applicabile solo agli appalti e dimidiato rispetto al termine ordinario. Si deroga, dunque, in tal modo, anche la disciplina già eccezionale prevista dall'art. 199 c.p.a., che, nel sancire a fini acceleratori il dimezzamento dei termini processuali in relazione a specifiche controversie, fa salvo comunque il termine ordinario di impugnazione pari a 60 giorni dalla piena conoscenza dell'atto lesivo.

(45) Si vedano gli artt. 121 e 122 c.p.a. che, lungi da prevedere la caducazione automatica degli atti consequenziali all'aggiudicazione in seguito ad annullamento della stessa, prescrive che l'eventuale inefficacia del contratto: (i) sia dichiarata solo nei casi più gravi tassativamente previsti dalla stessa previsione di legge; (ii) anche in questi casi possa essere evitata su valutazione del Giudice in caso di esigenze imperative connesse ad un interesse generale che ne richiedano il mantenimento; (iii) negli altri casi, possa essere dichiarata solo previa valutazione comparativa da parte del Giudice degli interessi in gioco.

(46) Si fa riferimento al c.d. rito super-accelerato previsto dall'art. 120, c. 2-*bis*, c.p.a., introdotto dall'art. 204, c. 1, lett. b), D.Lgs. n. 50/2016, poi abrogato dall'art. 1, c. 22, L. n. 55/2019, secondo cui "Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, c. 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. È altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endo-procedimentali privi di immediata lesività". Tale norma è stata a lungo oggetto di dibattito in dottrina e giurisprudenza ed ha costituito oggetto di rinvio pregiudiziale sia alla Corte di Giustizia che alla Corte Costituzionale (cfr. ordinanza T.A.R. Piemonte n. 88 del 17 gennaio 2018; ordinanza T.A.R. Puglia, Bari, n. 903 del 20 giugno 2018). Giova evidenziare che la Corte di Giustizia UE, con ordinanza del 14 febbraio 2019,

Claudio Guccione - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

- disciplina specifica relativa al deposito della sentenza (47);
- disciplina speciale relativa alla sospensione automatica cautelare dell'aggiudicazione impugnata sino alla decisione in camera di consiglio (48);
- eliminazione della possibilità di impugnare gli atti di gara mediante ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (49).

Si tratta evidentemente di tutta una serie di norme, derogatorie rispetto alla disciplina ordinaria, che contribuiscono a rendere la materia degli appalti sempre più un'enclave nell'ambito del diritto amministrativo, con regole proprie ed autosufficienti, non applicabili neppure per analogia ad altri settori e comunque difficilmente estensibili ad altri settori.

Nel medesimo alveo si pone la decisione in esame, che ha l'indubbio pregio di delineare il sistema di impugnazione dei provvedimenti di aggiudicazione alla luce del mutato quadro normativo, con particolare riguardo all'individuazione del *dies a quo* di decorso del termine, risolvendo così la *vexata quaestio* di acceso dibattito giurisprudenziale e dando importanti indicazioni alle stazioni appaltanti ed agli operatori economici concorrenti in gara. Residuano, tuttavia, alcuni aspetti di criticità - in particolar modo con riguardo all'apparente introduzione in via giurisprudenziale di un regime di pubblicità legale degli atti inerenti all'aggiudicazione delle gare nonché all'applicazione della dilazione del termine nelle ipotesi di accesso agli atti - che potranno essere risolti con l'intervento legislativo ovvero dovranno essere oggetto di ulteriore disamina giurisprudenziale sino a delineare un quadro certo che garantisca il conseguimento dell'esigenza di celerità ed effettività della tutela giurisdizionale nel delicato settore dei contratti pubblici.

pronunciata nella causa C-54/18, si era espressa per la compatibilità comunitaria della norma, a condizione che i provvedimenti di ammissione ed esclusione "in tal modo comunicati siano accompagnati da una relazione dei motivi pertinenti tale da garantire che detti interessati siano venuti o potessero venire a conoscenza della violazione del diritto dell'Unione dagli stessi lamentata". Allo stesso modo la Corte cost., sent., n. 271 del 13 dicembre 2019, ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale, con salvezza dell'ampia discrezionalità del legislatore in materia. Per un commento generale alla norma, si vedano, tra i tanti, P. De Nictolis, *Il rito superspeciale in materia di ammissioni ed esclusioni fra dubbi di eurounitarietà e costituzionalità*, in *Urb. e app.*, 2020, 1, 20 ss.; D. Galli, *Ritorno alle origini: la soppressione del rito superaccelerato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 6, 746 ss.; I. Grossi, *Il rito super accelerato supera il vaglio della Corte di Giustizia (Corte di Giustizia UE, sez. IV, 14 febbraio 2019, causa C-54/18)*, in *Urb. e app.*, 2019, 2, 181-189; F. Maggio, *Il rito "super accelerato" ed il regime delle preclusioni per effetto dell'abrogazione operata dal d.l. 32 del 2019 - c.d. "sblocca cantieri"*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2020; M. Lipari, *Il rito superspeciale in materia di ammissioni e di esclusioni (art. 120, co. 2*-bis *e 6*-bis *del cpa) va in soffitta. E, ora, quali conseguenze pratiche?*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2019; 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*; 2018.

(47) Ai sensi dell'art. 120, c. 9, c.p.a., come da ultimo modificato dall'art. 4, c. 4, lett. b), L. n. 120/ 2020 "Il giudice deposita la sentenza con la quale definisce il giudizio entro quindici giorni dall'udienza di discussione. Quando la stesura della motivazione è particolarmente complessa, il giudice pubblica il dispositivo nel termine di cui al primo periodo, indicando anche le domande eventualmente accolte e le misure per darvi attuazione, e comunque deposita la sentenza entro trenta giorni dall'udienza".

(48) Cfr. art. 32, c. 11, D.Lgs. n. 50/2016, a norma del quale "Se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva. L'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'articolo 15, c. 4, del codice del processo amministrativo di cui all'Allegato I al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare".

(49) Art. 120, c. 1, c.p.a.