

*Riferimenti normativi: art.23 bis legge 1034/71; art.44 legge 69/2009; art.1 comma 1°, Allegato B legge n.88/2009; art.44 legge n.88/2009; art.245 d.lgs.n.163/06; art.8 comma 1° lett.c) sub-comma 2 quinquies lett.d) del d.lgs.n.53/2010; allegato n.4 art.3 comma 19° lett.d) del d.lgs.n.104 del 2/7/2010; artt.43, 119 e 120 d.lgs.n.104/2010.*

*Riferimenti giurisprudenziali: Cons.Stato V dec.n.2149 del 7-4-2009, Ad.Plen.Cons.Stato n.1 del 15-4-2010.*

## **MOTIVI AGGIUNTI DI RICORSO AVVERSO GLI ATTI DELLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI: QUALE TERMINE OH MIO LEGISLATORE ?**

Si è posta agli appassionati del diritto processuale amministrativo una recente questione relativa alla repentina successione intervenuta nel corso del 2010 di due decreti delegati concernenti l'oggetto della presente analisi ossia il d.lgs.n.53/2010 di recepimento della c.d. direttiva comunitaria ricorsi in materia di affidamento di contratti pubblici ed il d.lgs.n.104/2010 relativo all'emanazione del c.d. codice del processo amministrativo.

Per quanto qui interessa preme osservare che quest'ultimo decreto ha previsto uniformemente in 30 gg. il termine per proporre motivi aggiunti di ricorso giurisdizionale amministrativo mentre il precedente decreto legislativo prevedeva specificamente il termine breve (*recte* dimezzato) di 15 gg. per i motivi aggiunti allorché proposti avverso gli atti già originariamente gravati; gli operatori hanno generalmente ritenuto che la successione cronologica delle fonti equiordinate abbia comportato una elevazione generale del termine previsto ora in 30 gg. per ogni specie di impugnazione aggiunta e tuttavia in ciò, ad avviso dell'esponente, hanno confidato ingenuamente nell'avvedutezza del legislatore delegato.

Preliminarmente l'analisi seguente interesserà la *species* dei motivi aggiunti spiccati avverso gli atti (formati in seno alle procedure di affidamento dei contratti pubblici) già precedentemente gravati e, nelle conclusioni, si verificherà come i ragionamenti a tale riguardo siano probabilmente estensibili al complessivo *genus* dei motivi aggiunti proponibili nella materia; inoltre il ragionamento espositivo verrà inizialmente svolto prescindendo dal recente approdo giurisprudenziale dell' Ad.Plen.n.1/2010 sul tema di indagine per poi verificare a priori che le conclusioni raggiunte nell'analisi non restano inficiate da tale autorevole decisione.

Al fine di coltivare convenientemente la dissertazione va osservato che il testo dell'art.245 d.lgs.n.163/06 (c.d. codice dei contratti pubblici) siccome modificato dall'art.8 comma 1° lett.c) sub-comma 2 quinquies lett.d) del d.lgs.n.53/2010 è stato integralmente riformulato con effetto a far data dal 16-9-2010 dall'allegato n.4 art.3 comma 19° lett.d) del d.lgs.n.104 del 2/7/2010 (c.d. codice del processo amministrativo entrato in vigore li 16-9-2010) il quale rimanda integralmente a quest'ultimo testo unitario per quanto concerne la tutela giurisdizionale e, segnatamente per quanto interessa, agli artt.43, 119 e 120 del medesimo d.lgs.n.104/2010 i quali –complessivamente intesi- fissano il termine per proporre motivi aggiunti al ricorso originario in 30 gg.; tuttavia si ritiene che tale più recente novella sia affetta sul punto da inefficacia assoluta e da illegittimità costituzionale conclamata e che quindi risulti priva di portata precettiva applicandosi perciò nella specie l'originario termine abbreviato di 15 gg. per le ragioni che seguono.

Giova in primo luogo ricostruire sinteticamente l'evoluzione normativa sulla precipua materia dei termini per proporre motivi aggiunti di ricorso avverso i medesimi atti già gravati con il ricorso introduttivo in seno alle procedure ad evidenza pubblica, come è nella specie, per dare conto in maniera esaustiva della sollevata questione.

Prima del 27-4-2010 (giorno di entrata in vigore del d.lgs.n.53/2010) la disciplina in materia era dettata dall'art.23 bis legge n.1034/71 introdotto dalla legge n.205/2000 che prevedeva

la dimidiazione di tutti i termini processuali eccetto quello per la proposizione del ricorso introduttivo; la giurisprudenza sul punto si era consolidata nel senso che il termine per proporre motivi aggiunti doveva ritenersi soggetto a tale falcidia e dunque dimezzato stante la tassatività dell'eccezione alla regola dimidiatoria (la norma ne esonera il solo ricorso introduttivo) e le esigenze di concentrazione e rapidità processuali (cfr. Cons.Stato V dec.n.2149 del 7-4-2009).

Per valutare ora cosa accade con l'entrata in vigore del d.lgs.n.53/2010 intervenuta appunto li 27-4-2010 ed ove sia insito il *vulnus* costituzionale della novella a questo successiva (d.lgs.n.104/2010) in punto alla elevazione dei termini per proporre motivi aggiunti da 15 gg. a 30 gg. in forza di tale più recente fonte normativa delegata occorre compiere una breve digressione.

Si ricordi che viene promulgata nel 2009 la legge n.69 del 18-6-2009 (Gazz.Uff. del 19-6-2009 n.140 S.O.) che all'art.44 reca la delega al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo indicandone ivi i principi ed i criteri direttivi; per quanto occupa giova qui riferirsi ai seguenti commi dell'art.44 prefato:

- I°) comma 2° lett.b) nr.3 *“disciplinando, ed eventualmente riducendo, i termini di decadenza o prescrizione delle azioni esperibili e la tipologia dei provvedimenti del giudice”;*
- II°) comma 2° lett.c) *“procedere alla revisione e razionalizzazione dei riti speciali e delle materie cui essi si applicano”;*
- III°) comma 3° *“decreti legislativi di cui al comma 1 abrogano espressamente tutte le disposizioni riordinate o con essi incompatibili, fatta salva l'applicazione dell'art.15 delle disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile”.*

Poco dopo però viene promulgata anche la legge n.88 del 07-7-2009 (in Gazz.Uff.n.161 del 14/7/2009) recante disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee (trattasi di c.d. legge Comunitaria) che -tra l'altro e giusta il combinato disposto dei suoi art.1 comma 1°, Allegato B ivi a quello riferito con riguardo alla direttiva 2007/66/CE (c.d. direttiva ricorsi) ed art.44- conferisce al Governo la delega per il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Per quanto qui interessa tale legge n.88/2009 al citato art.44 prevede i seguenti principi e criteri direttivi nel recepimento della prefata direttiva comunitaria sulle procedure di ricorso avverso gli atti di gara comunitaria:

- X) comma 3° lett.a) *“verifica della coerenza con tali direttive degli istituti processuali già vigenti ed adeguati, anche alla luce della giurisprudenza comunitaria e nazionale, e inserendo coerentemente i nuovi istituti nel vigente sistema processuale, nel rispetto.....dei principi.....di ragionevole durata del processo”;*
- Y) comma 3° lett.c) *“assicurare il coordinamento con il vigente sistema processuale, prevedendo le abrogazioni necessarie”;*
- W) comma 3° lett.f) nr.1) *“i provvedimenti delle procedure di affidamento sono impugnati entro un termine non superiore a trenta giorni..”;*
- Z) comma 3° lett.f) nr.3): *“il rito processuale davanti al giudice amministrativo si svolge con la massima celerità e immediatezza....con razionalizzazione ed abbreviazione dei vigenti termini di deposito del ricorso, costituzione delle altre parti, motivi aggiunti, ricorsi incidentali”.*

A questo punto tale essendo il contenuto e la successione tra le due fonti normative (ossia legge n.69 del 2009 (recante delega per il riassetto della disciplina del processo amministrativo) e legge n.88 del 2009 (recante delega per il recepimento della direttiva comunitaria ricorsi nelle procedure di per l'affidamento dei contratti pubblici) si verifica la prima singolare anomalia nel senso che viene esercitata per prima dal Governo la delega attribuita invece per seconda ossia prima viene emanato (li 20/3/2010) il decreto legislativo

n.53/2010 di esecuzione della legge n.88/2009 e poi (li 02/7/2010) il decreto legislativo n.104/2010 di esecuzione della legge n.69/2009 a quella anteriore; semplificando, il decreto delegato emanato per primo è relativo alla seconda legge delega mentre quello emanato per secondo è relativo alla prima legge delega (chiasmo nomopoietico).

Orbene risalta subito evidente che, per il notorio principio di successione delle leggi nel tempo e per l'altrettanto notorio principio di prevalenza del criterio di specialità, la legge successiva ed al contempo speciale certamente prevale a duplice titolo su quella anteriore e generale; ciò è proprio quanto accade nella specie nel senso che la legge n.88 del 2009 è sia posteriore sia recante una disciplina speciale rispetto alla legge n.69 del 2009 e dunque prevale rispetto a quest'ultima in ipotesi di diversità della disciplina.

Conseguentemente le disposizioni che qui occupano concernenti i principi ed i criteri direttivi da osservarsi in materia di termini per la proposizione dei motivi aggiunti di ricorso nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici (specie ove spiccati avverso i medesimi atti *antea* gravati) sono quelli sopra indicati alle lettere X), Y), Z) (il criterio direttivo W non differisce) che hanno "superato" (*recte* abrogato) le previsioni di delega sopra emarginate ai nn.I°, II°, II°) prevalendo su queste sia secondo il criterio cronologico che secondo quello specialistico.

Dunque il Governo, in stretta osservanza dell'art.76 Cost., aveva da esercitare esclusivamente una sola ed unica delega in materia di motivi aggiunti di ricorso in seno alle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici ossia quella riveniente dalla legge n.88 del 2009 (vedasi appunto principi e criteri direttivi sopra indicati alle lettere X), Y), Z) risultando abrogate le generiche e precedenti previsioni astrattamente concernenti la materia di cui all'art.44 della legge n.69/2009 (ossia i criteri ed i principi sopra numerati sub I°, II°, III° da ritenersi perciò superati).

Dunque a seguito dell'atto di esercizio di tale delega con l'emanazione del decreto legislativo n.53 intervenuta li 20/3/2010 e segnatamente con la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del suo art. art.8 comma 1° lett.c) sub-comma 2 quinquies lett.d) modificativo dell'art.245 del d.lgs.n.163/2006 (entrato in vigore li 27-4-2010) il Governo non poteva esercitare alcun'altra delega sulla materia.

Infatti risultava inesistente ogni'altra attribuzione di potestà legislativa e dunque, quanto meno sulla materia dei termini per proporre motivi aggiunti di ricorso, non poteva emanarsi alcun'altra disciplina delegata pena il *vulnus* conclamato all'art.76 Cost. per difetto assoluto di valida norma delegante in quanto appunto la legge precedente rimaneva abrogata implicitamente da'altra legge primaria di delega (come già ripetuto "speciale e successiva" quale è la legge n.88/2009 rispetto alla legge n.69/2009) nonché era stato consumato dal Governo il relativo potere normativo attribuito.

Né si provi a tentare di ricostruire l'emanazione dell'art.120 comma 5° d.lgs.n.104/2010 (che appunto eleva a 30 gg. il termine di proposizione per i motivi aggiunti di ricorso in materia sino ad allora stabiliti in 15 gg. dal d.lgs.n.53/2010 per quanto concerne le doglianze sopraggiunte avverso gli atti già impugnati) come una disposizione correttiva emanata in forza della successiva legge delegante n.88/2009 (art.44 comma 2°) perché:

- A- innanzi tutto l'epigrafe del d.lgs.n.104/2010 è univoca nel richiamo "solitario ed esclusivo" alla legge delega n.69 del 2009 non menzionando punto, nemmeno nel successivo corpo normativo, la legge n.88 del 2009 segno inequivocabile che lo stesso Governo ha rinvenuto la propria potestà legislativa delegata solo nella prefata e più risalente legge ordinaria n.69/2009.
- B- in secondo luogo, anche a voler ritenere superabile la precedente difesa sub.A), resta incontrovertibile che, rispetto ai criteri e principi direttivi sopra emarginati alle lettere X), Y), Z) circa i termini di proposizione dei motivi aggiunti di ricorso *de quibus* –come visto sopra gli unici vigenti- risultano senz'altro più conformi le previsioni di cui all'art.8 comma 1° lett.c) sub-comma 2 quinquies lett.d) del

d.lgs.n.53/2010 che quelle dell'art.120 comma 5°; in particolare la elevazione dei termini da 15 gg. a 30 gg. per la proposizione dei motivi aggiunti avverso i medesimi atti già gravati con il ricorso originario nella materia *de qua* :

-X/bis) contraddice gli orientamenti della giurisprudenza nazionale in materia e si ricordi esemplificativamente Cons.Stato V dec.n.2149 del 7-4-2009 succitata che statuiva quale criterio generale logicamente plausibile la dimidiazione del termine *de quo* rispetto a quello ordinario per il ricorso introduttivo -oggi fissato in 30 gg. sia dall'art.8 comma 1° lett.c) sub-comma 2 quinquies lett.a) d.lgs.n.53/2010 che dall'art.120 comma 5° d.lgs.n.104/2010- nonché tale elevazione è di certo poco (o almeno in minor misura) confacente al principio di ragionevole durata del processo; su tale punto ed a comprova dell'immanenza nell'ordinamento del principio dimidiatorio appena detto è sufficiente trascrivere il parere consultivo del Consiglio di Stato espresso sull'art.8 comma 1° lett.c) sub-comma 2 quinquies lett.d) del d.lgs.n.53/2010 succitato (Commissione Speciale presso la Sezione Consultiva per gli atti normativi, affare n.00368/2010 del 01/02/2010 seduta del 25/01/2010) *"Alla luce della previsione di un termine di 30 gg. per proporre il ricorso principale le evidenti esigenze di celerità giustificano la previsione di un termine di quindici giorni (dimezzato rispetto a quello per il ricorso principale) per proporre motivi aggiunti. Il termine per il deposito dei motivi aggiunti andrebbe a sua volta fissato in cinque giorni, così come accade per il ricorso principale. La Commissione inoltre suggerisce, considerate le esigenze di concentrazione particolarmente rilevanti nel contenzioso in materia di appalti, di prevedere come obbligatoria l'impugnazione degli atti connessi mediante motivi aggiunti, perché altrimenti la riduzione a quindici giorni del termine per i motivi aggiunti sarebbe vanificata dalla possibilità di optare – nel più ampio termine di trenta giorni – per la proposizione di un ricorso autonomo"*.

-Y/bis) contraddice il sistema processuale previgente che era stato improntato sempre sulla dimidiazione dei termini processuali per proporre motivi aggiunti rispetto al ricorso ordinario (prima 60gg./2=30gg. poi ossia dal 27-4-2010 30gg./2=15gg.) specie a proposito dei motivi aggiunti appuntati contro gli atti già gravati, come è nella specie, e non contro provvedimenti diversi od ulteriori;

-Z/bis) contraddice patentemente la sollecitazione del legislatore delegante alla massima celerità e immediatezza nonché alla razionalizzazione ed abbreviazione dei vigenti termini di deposito del ricorso e di proposizione dei motivi aggiunti; il fatto che l'art.44 legge n.88/2009 comma 3° lett.f nr.3) non menzioni affatto il ricorso introduttivo è la prova che : a) il legislatore delegante aveva in mente un termine dimezzato per la proposizione dei motivi aggiunti rispetto a quello per la proposizione del ricorso introduttivo ; b) il "nuovo" termine per tale adempimento doveva essere minore di quello di comune applicazione giurisprudenziale dell'istituto al momento della promulgazione delle legge delegante.

*Ergo* in forza delle considerazioni X/bis, Y/bis e Z/bis risulta un ulteriore *vulnus* costituzionale all'art.76 Cost. posto che la disciplina "generalistica, omologatoria ed equiparatoria" tra termini aventi diversa natura recata dall'art.120 co.5° d.lgs.n.104/2010 contraddice la spiccata e marcata differenziazione in senso abbreviativo e specificamente dimidiatorio che ha sempre contraddistinto -come diritto vivente avuto di mira dal legislatore delegante- la disciplina del termine per proporre motivi aggiunti di ricorso avverso gli atti già gravati nell'impugnazione originaria rispetto al termine per proporre in

ricorso introduttivo di cui invece il d.lgs.n.53/2010 al suo art.8 comma 1° lett.c) sub-comma 2 quinquies lett.d) aveva correttamente tenuto in debito conto.

Consequente l'art.120 comma 5° (*si opus* in combinato disposto con i connessi art.43 comma 1° ultimo periodo, art.119 comma 2°, art.3 comma 19° lett.d dell'Allegato 4) del d.lgs.n.104/2010 è stato emanato in difetto assoluto di valida ed efficace legge di delega risultando già abrogate le pertinenti previsioni della legge n.69/2009 da parte delle più specifiche e successive disposizioni della legge n.88/2009 e/o comunque il prefato articolato si è posto in insanabile contrasto con i principi e criteri direttivi sulla materia (motivi aggiunti di ricorso avverso gli atti già impugnati con il gravame introduttivo in materia di affidamento di contratti pubblici) dettati proprio da tale più recente legge speciale risultando quindi vulnerato sotto un duplice profilo l'art.76 Cost.; perciò, previo eventuale giudizio demolitorio di tale citato articolato normativo da parte della competente Corte su tali punti, l'art.120 comma 5° (*si opus* in combinato disposto con i connessi art.43 comma 1° ultimo periodo, art.119 comma 2°, art.3 comma 19° lett.d dell'Allegato 4) del d.lgs.n.104/2010 risultano tutti caducati con seguente sopravvivenza dell'art. 8 comma 1° lett.c) sub-comma 2 quinquies lett.d) del d.lgs.n.53/2010 modificativo dell'art.245 del d.lgs.n.163/06 che appunto prevede in gg.15 il termine per proporre motivi aggiunti di ricorso avverso atti già impugnati con l'originario gravame introduttivo come è in analisi.

A ciò si aggiunga la considerazione corroborativa per cui tra le due leggi delega succitate la seconda (ossia la n.88/2009) ed il relativo decreto legislativo di attuazione (ossia il d.lgs.n.53/2010) recano certamente una valenza più pregnante di quella della semplice normativa primaria (cui sono pacificamente riconducibili invece la legge n.69/2009 ed il relativo d.lgs.n.104/2010) in quanto costituiscono fonti interne recettive della specifica direttiva comunitaria (ossia la 2007/66/CE) proprio nella materia dei ricorsi in seno alla procedure di affidamento dei contratti pubblici con seguente "copertura" delle relative disposizioni da parte dell'art.117 comma 1° Cost. e seguente resistenza (nel senso di non-cedevolezza) rispetto ad ogni altra disciplina nazionale difforme da ritenersi dunque, a prescindere dalla fonte di promanazione, sostanzialmente sotto-ordinata.

Ad ulteriore scrupolo non potrà tacersi che con sentenza Ad.Plen. n.1 del 15-4-2010 il Consiglio di Stato ha riformato la sua precedente giurisprudenza in materia interpretando l'art.23 bis legge n.1034/71 -come introdotto dalla legge n.205/2000 nel senso per cui anche il termine per la proporzione dei motivi aggiunti sfugge -in ogni caso- alla regola dimidiatoria in tal modo contraddicendo la precedente giurisprudenza delle sezioni singole. Tuttavia il cambiamento di rotta risulta *prima facie* ininfluenza ai fini della superiore illustrazione; in primo luogo esso non può incidere in spregio al principio direttivo di carattere speciale sopra rubricato alla lettera Z (ossia art.44 comma 3 lett.f n.3 della legge n.88/09) che chiaramente prescrive l' "abbreviazione" del termine per la proposizione dei motivi aggiunti di ricorso e non già la sua equiparazione a quello per la proposizione del gravame introduttivo [a tacer del fatto che la legge n.88/2009 al citato art.44 comma 3° lett.f) nr.3 (cfr. sopra lett.Z) non menziona il termine per la proposizione del ricorso introduttivo che pure è fissato in massimo 30 giorni proprio dal n.1) della medesima lett.f)]. Inoltre la decisione dell'Ad.Plen. è intervenuta (su un testo normativo allora formalmente abrogato) successivamente sia alla promulgazione della norma delegante (art.44 legge n.69 del 18-6-2009) che all'emanazione del d.lgs.n.53 pubblicato sulla Gazz.Uff. n.84 del 12/4/2010 (deposito della decisione li 15/04/2010 appunto); orbene non è pensabile, per l'evidente incostituzionalità dell'ipotesi, che il Parlamento allorché ha conferito la delega al Governo (e quest'ultimo quando l'ha esercitata con deliberazione del Consiglio dei Ministri del 19/3/2010) abbia anche inteso richiamarsi agli orientamenti giurisprudenziali futuri (difformi) oltre che a quelli pregressi perché in tal modo sarebbe difettata chiaramente l'indicazione *de relato* di qualsiasi criterio direttivo indispensabile alla luce dell'art.76 Cost. nonché si sarebbe palesato un'inammissibile deferimento al potere giurisdizionale di

stabilire esso stesso, anche mediante riforma dei propri precedenti, i principi vincolanti per il Governo nell'esercizio del potere legislativo delegato con chiaro infrangimento delle attribuzioni costituzionali delle Camere e/o dell'Esecutivo.

Ciò a volersi ammettere, peraltro, si provocherebbe anche un vistoso cortocircuito tra funzione consultiva e funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato perché, come sopra visto, la Sezione Consultiva per gli atti normativi (affare n.00368/2010 del 01/02/2010 seduta del 25/01/2010) si è pronunciata esattamente in favore dell'applicazione del principio dimidiatorio (termine quindicinale) e, se un successivo mutamento di interpretazione del Consiglio di Stato intervenuto però in sede giurisprudenziale potesse inficiare il parere preventivo obbligatorio rilasciato in sede consultiva, quest'ultimo resterebbe del tutto vanificato e dunque verrebbe di fatto abrogato l'art.44 co.1 legge n.88/2009 che prevede appunto proprio come criterio direttivo procedurale l'acquisizione di tale parere.

In pratica ne deriverebbe l'inutilità della previsione generale contenuta in quasi tutte le leggi-delega che prescrive al Governo di acquisire obbligatoriamente e preventivamente il parere del Consiglio di Stato nonché l'inanità di analoghe e parimenti frequente disposizione contenuta nelle norme deleganti (in disparte le riserve sulla sua configurabilità di "principio e criterio direttivo" ex art.76 Cost.) che indica al legislatore delegato di assumere a criterio direttivo i precedenti (non già i susseguenti!) giurisprudenziali nelle materie devolute alla giurisdizione (qui amministrativa) stante che i mutamenti di indirizzo di quest'ultima potrebbero retroagire in punto alla valutazione di corretta attuazione del parametro di matrice parlamentare nel lambito dell'esercizio della potestà delegata.

Né si pensi di poter parlare a tale proposito (ossia con riferimento all'art.120 co.5° d.lgs.n.104/2010) di disposizioni correttive e integrative (ex art.44 comma 2° legge n.88/2009) perché, anche a tacere del principio per cui le emende ad un testo delegato non possono mai contraddire i criteri direttivi, l'endiadi chiaramente depone per la presenza contestuale di entrambe le caratteristiche (emenda e supplemento di normazione da operarsi in via contestuale mentre qui si tratterebbe solo di modifica mercé l'elevazione del termine quindicinale a 30 giorni); inoltre -come sopra detto- non vi è traccia dell'*animus corrigendi* in tale decreto delegato avendo il medesimo il tenore letterale di una "prima applicazione" ma soprattutto va osservato che il procedimento che ha seguito il Governo nella sua emanazione differisce da quello precedentemente adottato per l'adozione del d.lgs.n.53/2010 ossia differisce proprio dal comma 1° dell'art.44 legge n.88/2009 avendo l'Esecutivo delegato allo stesso Consiglio di Stato il compito di redigere il testo normativo del d.lgs.n.104/2010 (ai sensi dell'art.14 n.2 del T.U. n.1054 del 1924) in tal modo omettendone l'acquisizione del parere in difformità appunto da tale puntuale previsione legislativa in forza della quale si vorrebbe (irragionevolmente) ricondurre l'art.120 comma 5° d.lgs.n.104/2010 nell'alveo del comma 2° dell'art.44 legge n.88/2009.

Inoltre può egualmente osservarsi che anche le istruttorie sottese all'emanazione dei due dd.lggss. in discorso si sono svolte secondo iter procedurali non sovrapponibili (come da specifiche e differenti previsioni a riguardo contenute nelle due rispettive leggi-delega) il che chiaramente depone per l'inconfigurabilità dell'adozione di un *contrarius actus*.

Tenendo fede peraltro all'impegno di completezza analitica assunto all'inizio di questa trattazione e con il proposito morale ad esaminare comunque più approfonditamente la questione che segue in diversa articolazione del presente studio potrebbe verosimilmente concludersi che, più in generale, il ragionamento sopra svolto dovrebbe applicarsi a tutte le tipologie di motivi aggiunti da proporsi *in subiecta* materia ossia, semplificando, anche il termine per la proposizione dei motivi aggiunti rispetto ad atti preesistenti non già gravati e/o ad atti sopravvenuti si sarebbe dovuto prevedere in giorni 15 sin dall'emanazione del

d.lgs.n.53/2010 (che invece prevede il termine di 30 gg. solo per la proposizione dei motivi aggiunti diversi da quelli spiccati avverso gli atti già gravati) posto che :

1) la innaturale distinzione dallo stesso contemplata non risulta sorretta da giustificazioni oggettive tenendo anche conto del fatto che la Giurisprudenza (a prescindere dall'indirizzo "restrittivo" od "equiparatorio" storicamente adottati in materia di termini per la proposizione dei motivi aggiunti) ha sempre denegato il rilievo processuale di distinzioni interne alla categoria;

2) nessuna diversità interna alla categoria dei motivi aggiunti in punto a differenziazioni sui termini di proposizione è presente nel parere sopra trascritto del Consiglio di Stato Commissione Speciale presso la Sezione Consultiva per gli atti normativi, affare n.00368/2010 del 01/02/2010 seduta del 25/01/2010;

3) nessun a distinzione interna alla categoria dei motivi aggiunti è presente nell'art.44 della legge.n.88/2009;

4) la previsione del comma 7° art.120 d.lgs.n.104/2010 sulla obbligatorietà dell'impugnazione a mezzo di motivi aggiunti dei "nuovi atti attinenti alla medesima procedura di gara" risulta di difficile comprensione in presenza di un medesimo termine decadenziale di 30 gg. per la proposizione del ricorso introduttivo;

5) anche alla luce del numero che precede e con un termine di piena accessibilità agli atti di gara fissato in giorni 10 (ex d.lgs.n.53/2010 art.2 che introduce all' art.79 d.lgs.n.163/2006 il comma 5 *quater*) non è ordinariamente immaginabile una sopravvenienza cognitiva tale da giustificare "l'aggiunta di motivi" nella forma del gravame supplementare avverso atti precedentemente formati e non impugnati in quanto non noti anche tenendo conto dell'orientamento giurisprudenziale (cfr. Cons.Stato VI dec.n.171/2010 e TAR-Abruzzo-Pescara I n.720/08) repressivo del ricorso alla tecnica processuale dilatoria consistente nella subitanea proposizione del gravame introduttivo e nella postergazione dei motivi aggiunti -pure a distanza di notevole lasso temporale- mercé la dilazionata presentazione dell'istanza di accesso ai documenti relativi al procedimento.

Ancona 27/05/2011

Simone Aquilanti