

Pubblicato il 24/04/2024

N. 00303/2024REG.PROV.COLL.

N. 00665/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 665 del 2023, proposto da Ecoparking S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 911232507A, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Mangano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via Nunzio Morello 40;

***contro***

OMISSI S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Natale Bonfiglio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Messina, via Camiciotti, n. 102;

***nei confronti***

Assessorato Regionale dei Beni Culturali e dell'Identità Siciliana e Parco Archeologico e Paesaggistico della Valle dei Templi Agrigento, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo, domiciliataria in Palermo, via Valerio Villareale, 6;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione II, n. 1985/2023, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della OMISSIS S.r.l. e dell'Assessorato Regionale dei Beni Culturali e dell'Identità Siciliana e del Parco Archeologico e Paesaggistico della Valle dei Templi Agrigento;

Visto l'appello incidentale proposto dall'Assessorato Regionale dei Beni Culturali e dell'Identità Siciliana;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 febbraio 2024 il Cons. Maurizio Antonio Pasquale Francola e uditi per le parti gli avvocati come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, la società OMISSIS s.r.l. contestava, dinanzi al T.A.R. Sicilia, sede di Palermo, gli esiti della procedura di gara indetta, mediante richiesta di offerta (R.D.O.) sul MEPA, dall'Assessorato Regionale dei Beni Culturali e dell'Identità Siciliana per l'affidamento in concessione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio quadriennale di gestione dei parcheggi pubblici a pagamento del Parco Archeologico e Paesaggistico della Valle dei Templi di Agrigento, per un valore di € 2.393.240,16 e con obbligo per l'affidatario di corrispondere all'Ente aggiudicatore un canone fisso annuale di € 15.000,00 oltre ad una percentuale degli incassi non inferiore al 40% I.V.A. esclusa.

La ricorrente, nella sua qualità di seconda classificata con il punteggio di 94,8421, impugnava l'aggiudicazione disposta in favore della Ecoparking s.r.l. (collocatasi in graduatoria al primo posto con il punteggio di 99,175), domandandone l'annullamento per eccesso di potere sotto il profilo della contraddittorietà con i punti 7.2., 7.3. e 8 del disciplinare di gara e per violazione e falsa applicazione dell'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. in quanto: a) l'offerta dell'aggiudicataria non sarebbe stata corredata degli impegni delle due ausiliarie a mettere a disposizione della stazione appaltate i requisiti indicati e le risorse promesse; b) i due contratti di avvalimento allegati sarebbero nulli per genericità; c) i due contratti di avvalimento allegati sarebbero nulli anche perché sostanzialmente gratuiti.

Le Amministrazioni intimata e la Ecoparking s.r.l. si costituivano opponendosi all'accoglimento del ricorso.

Quest'ultima, in particolare, ne eccepiva, prima ancora dell'infondatezza, l'irricevibilità per tardiva notifica.

Con sentenza n. 1985/2023 pubblicata il 15 giugno 2023, il T.A.R. Sicilia, sede di Palermo, Sez. II, accoglieva il ricorso, compensando le spese processuali ma ponendo a carico dell'Amministrazione resistente e della Ecoparking s.r.l. il rimborso del contributo unificato versato dalla ricorrente.

Con appello notificato il 4 luglio 2023 e depositato il 10 luglio 2023, la Ecoparking s.r.l. impugnava la predetta sentenza, domandandone la riforma.

Con memoria notificata e depositata in data 11 luglio 2023 si costituiva la OMISSIS s.r.l. opponendosi all'accoglimento dell'appello in quanto infondato in fatto e in diritto e riproponendo ai sensi dell'art. 101 c.p.a. i motivi del ricorso di primo grado dichiarati assorbiti dal T.A.R..

La società depositava, in seguito, un'ulteriore memoria difensiva in data 17 luglio 2023 alla quale replicava la Ecoparking s.r.l. con il deposito in data 18 luglio 2023 di un'apposita memoria.

Con memoria notificata il 17 luglio 2023 e depositata il 18 luglio 2023 l'Assessorato Regionale dei Beni Culturali e dell'Identità Siciliana ed il Parco Archeologico e Paesaggistico della Valle dei Templi di Agrigento proponevano appello incidentale, lamentando l'erroneità della decisione del T.A.R. nella parte in cui non ha

accolto l'eccezione di irricevibilità sollevata in primo grado per poi ritenere nel merito violato l'art. 89 co. 1 c.c.p. in ragione della rilevata genericità caratterizzante i contratti di avvalimento prodotti dall'appellante.

Con ordinanza n. 265/2023 il Collegio rigettava l'istanza cautelare dell'appellante sia per carenza del *fumus boni iuris*, sia per mancanza del *periculum in mora*.

Con successiva ordinanza n. 771/2023, il Collegio disponeva taluni incumbenti istruttori, domandando alla OMISSIS s.r.l. il deposito della domanda di partecipazione alla gara ed alla Consip S.p.A. chiarimenti in merito alla comunicazione degli atti di gara alla OMISSIS s.r.l..

In data 4 dicembre 2023 la Consip S.p.A. depositava una relazione esplicativa con la relativa documentazione di corredo allegata.

Il 29 dicembre 2023 la OMISSIS s.r.l. depositava la domanda di partecipazione alla gara.

In seguito la Ecoparking s.r.l. depositava il 13 febbraio 2024 una memoria conclusiva ed il 17 febbraio 2024 la OMISSIS s.r.l. depositava la memoria di replica.

All'udienza pubblica del 29 febbraio 2024, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, dopo avere udito i procuratori delle parti costituite presenti, tratteneva gli appelli in decisione.

## DIRITTO

*I. – Il primo motivo dell'appello principale e dell'appello incidentale: la tempestività del ricorso di primo grado.*

Con il primo motivo dell'appello principale la Ecoparking s.r.l. lamenta l'erroneità dell'impugnata sentenza nella parte in cui ha ritenuto il ricorso della OMISSIS s.r.l. tempestivamente proposto.

Analoga doglianza viene dedotta dall'Assessorato Regionale dei Beni Culturali e dell'Identità Siciliana e dal Parco Archeologico e Paesaggistico della Valle dei Templi di Agrigento con il primo motivo dell'appello incidentale.

Il T.A.R., dopo avere accertato che l'aggiudicazione era stata pubblicata sul portale del MEPA il 15 dicembre 2022 ed avere quindi ritenuto la stessa regolarmente comunicata a tutti i concorrenti mediante siffatta modalità, si è soffermato sull'incidenza dilatoria dell'istanza di accesso agli atti presentata il 10 gennaio 2023 dalla OMISSIS s.r.l. in relazione al termine per impugnare. Il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado è stato, infatti, notificato il 27 gennaio 2023, ossia tre giorni dopo la ricezione in data 24 gennaio 2023 dei documenti richiesti con la predetta istanza di accesso agli atti.

I giudici di primo grado hanno, al riguardo, valutato le possibili opzioni ermeneutiche del combinato disposto di cui agli artt. 120 co. 5 c.p.a. e 76 co. 2 D.Lgs. n. 50/2016, rilevando l'esistenza di due distinti orientamenti: l'uno favorevole alla dilazione del termine per impugnare soltanto qualora l'istanza di accesso fosse presentata entro i quindici giorni successivi dalla comunicazione o dalla pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione (Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2023, n. 2736) e che avrebbe implicato l'accoglimento dell'eccezione di irricevibilità sollevata dalla Ecoparking s.r.l.; l'altro, invece, propenso ad ammettere l'effetto dilatorio dell'accesso agli atti ogniqualvolta l'istanza sia presentata entro il termine di impugnazione di cui all'art. 120 co. 5 c.p.a. (Cons. Stato, sez. V, 16 aprile 2021, n. 3127), con conseguente riconoscimento della tempestività del ricorso in esame.

L'adito T.A.R., in mancanza di un dato normativo testuale che consentisse di accedere alla prima tesi, ha optato per il secondo indirizzo ermeneutico, procedendo, dunque, all'esame del ricorso nel merito.

Le appellanti contestano la decisione, ritenendo che, pur avendo ritenuto la pubblicazione dell'aggiudicazione idonea a rendere edotti i concorrenti dell'esito della gara, l'adito T.A.R. avrebbe, poi, erroneamente concluso a favore di una tesi non condivisibile perché ormai superata da molteplici pronunce del Consiglio di Stato (sez. V, 29 novembre 2022, n. 10470) e del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana (sez. giur. 12 giugno 2023, n. 413).

La società appellata, dal suo canto, ritiene che i principi dell'Adunanza Plenaria n. 12/2020 giustifichino la tempestività del ricorso, essendo rilevante che entro il termine di 45 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione sia stata presentata l'istanza di accesso e sia stata proposta l'eventuale impugnazione.

I.1. – Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, anzitutto, osserva che l'irricevibilità del ricorso di prime cure non potrebbe, in astratto, ritenersi incompatibile con i principi unionali e costituzionali ad un equo processo, di effettività ed equivalenza ovvero di buona amministrazione (ex artt. 41 e 47 CDFUE), derivando dall'applicazione di una regola generale del processo amministrativo, incentrata sulla perentorietà dei termini di decadenza dell'azione di annullamento, posta a garanzia delle esigenze di certezza e di stabilità dei rapporti pubblicistici.

In particolare, spetta agli Stati membri stabilire, per le normative nazionali ricomprese nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione, i termini di ricorso, in funzione, segnatamente, della rilevanza che le decisioni da adottare rivestono per gli interessati, della complessità dei procedimenti e della legislazione da applicare, del numero di soggetti potenzialmente coinvolti e degli altri interessi pubblici o privati da prendere in considerazione.

I.1.1. – Al riguardo, la Corte di Giustizia «*ha riconosciuto la compatibilità con il principio di effettività della fissazione di termini di ricorso ragionevoli a pena di decadenza, nell'interesse della certezza del diritto a tutela sia dell'interessato sia dell'amministrazione coinvolta, anche se, per definizione, lo spirare di detti termini comporta il rigetto, totale o parziale, dell'azione intentata (v., in tal senso, sentenza del 20 dicembre 2017, Caterpillar Financial Services, C-500/16, EU:C:2017:996, punto 42). In particolare, la Corte non considera una difficoltà eccessiva l'imposizione di termini di ricorso che iniziano a decorrere soltanto a partire dalla data alla quale l'interessato sia venuto a conoscenza dell'annuncio o, quantomeno, sarebbe dovuto venirne a conoscenza (v., in tal senso, sentenze del 27 febbraio 2003, Santex, C-327/00, EU:C:2003:109, punti 55 e 57; del 6 ottobre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, punto 45, nonché dell'8 settembre 2011, Rosado Santana, C-177/10, EU:C:2011:557, punto 96)*» (Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in causa C-280/18, 7 novembre 2019, punti 54 e 55).

I.1.2. – Anche la Corte costituzionale ha valorizzato la rilevanza, nell'ambito del processo amministrativo, della sottoposizione del diritto di azione a termini perentori, a pena di decadenza, in quanto funzionale alla garanzia della stabilità degli effetti giuridici, in conformità con l'interesse pubblico di pervenire in tempi brevi alla definitiva certezza del rapporto giuridico amministrativo (Corte costituzionale, sentenza n. 94 del 2017).

I.2. – Ne deriva che l'azione giudiziaria deve essere comunque proposta entro il termine di decadenza dettato dall'ordinamento interno, non implicando un tale onere un sacrificio eccessivo per la parte, incompatibile con i principi costituzionali ed unionali.

Avuto riguardo all'ordinamento italiano, ai sensi del combinato disposto degli artt. 29, 41 e 120 co.5 c.p.a., il termine per la proposizione dell'azione di annullamento avverso gli atti di una procedura indetta per

l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture è di 30 giorni decorrente, per l'aggiudicazione, dalla comunicazione di cui all'art. 76, co. 5, lett. a), d.lgs. n. 50/2016 o dalla pubblicazione degli atti di gara sul profilo istituzionale dell'Ente aggiudicatore ai sensi dell'art. 29 co.1 D.Lgs. n. 50/2016 o, comunque, dalla conoscenza.

I.3. – Al riguardo, occorre precisare che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha sempre ritenuto congruo il termine di 30 giorni previsto per l'impugnazione degli atti delle procedure di affidamento degli appalti pubblici, purché decorrente dal momento in cui si realizza la conoscenza effettiva delle ragioni del provvedimento da impugnare e dei documenti utili a consentire un pieno esercizio del diritto di difesa dell'interessato. È stato, infatti, chiarito che «*La direttiva 89/665/CEE del Consiglio, 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, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, e in particolare i suoi articoli 1 e 2 quater, letti alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che prevede che i ricorsi avverso i provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici recanti ammissione o esclusione dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici debbano essere proposti, a pena di decadenza, entro un termine di 30 giorni a decorrere dalla loro comunicazione agli interessati, a condizione che i provvedimenti 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*» (Corte giustizia UE, sez. IV, in causa C-54/18, 14/02/2019).

Non può, dunque, condividersi in un settore come quello degli appalti pubblici l'orientamento secondo cui la comunicazione dell'aggiudicazione dovrebbe ritenersi di per sé, sempre e comunque, sufficientemente indicativa degli elementi lesivi che radicano l'interesse a ricorrere al punto da legittimare l'immediata decorrenza del termine per impugnare, in seguito, eventualmente, potendosi anche ampliare l'oggetto del giudizio con un ricorso per motivi aggiunti da proporre una volta acquisiti gli ulteriori documenti richiesti con la presentazione di un'apposita istanza di accesso agli atti asseritamente non incidente sulla tempistica dell'impugnazione dell'atto originario. Secondo quanto, infatti, affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea «*La possibilità (come quella prevista dall'art. 43 d.lg. n. 104/2010) di sollevare "motivi aggiunti" nell'ambito di un ricorso iniziale proposto contro la decisione di aggiudicazione non costituisce sempre un'alternativa valida di tutela giurisdizionale effettiva. Gli offerenti, nel caso in questione, sarebbero costretti a impugnare "in abstracto" la decisione di aggiudicazione dell'appalto, senza conoscere, in quel momento, i motivi che giustificano tale ricorso*» (Corte giustizia UE, sez. V, in causa C-161/13, 08/05/2014).

I.4. – Il decorso del termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione, pertanto, può dipendere anche dall'acquisizione di documenti, in seguito conosciuti all'esito di un accesso agli atti, esplicativi di illegittimità che non potevano essere dedotte prima, perché non desumibili dalla lettura del provvedimento impugnato. I principi di effettività della tutela giurisdizionale enucleati anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE 8 maggio 2014, nella causa C-161/13), infatti, inducono a ritenere che il potere d'impugnazione non si consuma con il decorso del termine previsto dalla legge, qualora la stazione appaltante rifiuti illegittimamente di consentire l'accesso o qualora assuma una condotta di tipo dilatorio, dilungandosi il termine dei giorni necessari per poter acquisire effettiva conoscenza dei documenti richiesti.

I.5. – Da ultimo, l'Ad. Plenaria n. 12/2020 ha chiarito che: a) il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di

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

Pertanto, secondo l'Ad. Plen. n. 12/2020, in considerazione dell'immutato testo dell'art. 120, co. 5, del c.p.a., degli articoli 29, comma 1, e 76 del D.Lgs. n. 50/2016, nonché dell'art. 5 del d.P.R. n. 184 del 2006, per determinare il *dies a quo* dell'impugnazione va riaffermata la perdurante rilevanza della '*data oggettivamente riscontrabile*', cui ancora si riferisce il citato comma 5 (nel testo *ratione temporis* applicabile).

La sua individuazione, dunque, continua a dipendere dal rispetto delle disposizioni sulle formalità inerenti alla '*informazione*' e alla '*pubblicazione*' degli atti, nonché dalle iniziative dell'impresa che effettui l'accesso informale con una '*richiesta scritta*', per la quale sussiste il termine di quindici giorni previsto dall'art. 76, comma 2, del D.Lgs. n.50/2016, applicabile per identità di *ratio* anche all'accesso informale.

Pertanto, se in linea di principio (ossia nei casi in cui la documentazione sia stata integralmente messa a disposizione) il *dies a quo* per l'impugnazione degli atti di gara decorre dalla pubblicazione di cui all'art. 29 co.1 D.Lgs. n. 50/2016 o, al più, allo scadere dei quindici giorni per ottenere l'accesso di cui all'art. 76 D.Lgs. n. 50/2016, con riguardo alle censure inerenti ai contenuti più specifici dell'offerta nonché alle giustificazioni rese in sede di giudizio di anomalia, l'Adunanza Plenaria ha avuto cura di chiarire l'applicabilità del medesimo principio della piena conoscenza o conoscibilità anche in siffatte ipotesi, rilevando il tempo necessario per accedere alla documentazione presentata dall'aggiudicatario, poiché con il venir meno dell'accesso semplificato e accelerato di cui al comma 5-*quater* dell'art. 79 del decreto legislativo n. 163 del 2006 lo stesso bagaglio informativo prima assicurato non risulterebbe più ulteriormente garantito con l'attuale art. 76 del decreto legislativo n. 50 del 2016; di qui la concreta possibilità che a tale forma di accesso semplificato (ma non più accelerato) possa fare seguito una ulteriore domanda di accesso ordinario ai sensi dell'art. 22 L. n. 241 del 1990 (l'Adunanza Plenaria pone un particolare accento anche sull'accesso "informale" di cui all'art. 5 del d.P.R. n. 184 del 2006) onde acquisire maggiori e più approfondite informazioni. Con il nuovo sistema delineato dall'art. 76 del decreto legislativo n. 50 del 2016, in altre parole, le informazioni sono oggettivamente inferiori in termini quantitativi ed anche qualitativi: dunque anche le probabilità di acquisire una piena conoscenza degli atti - o almeno di una parte di essi - sono destinate notevolmente a diminuire. Dalla ridetta minore estensione oggettiva dell'art. 76 deriva pertanto l'esigenza di poter ricorrere in via suppletiva, ossia per le informazioni non altrimenti ottenibili con i meccanismi di cui all'art. 76 (es. verbali della commissione, schede tecniche offerta e dichiarazioni produttore, atti del giudizio di anomalia: in sostanza, la gran parte della documentazione intorno alla quale si sviluppa il contenzioso sugli appalti pubblici), all'istituto ordinario e generale dell'accesso agli atti di cui all'art. 22 della L. n. 241 del 1990 (Consiglio di Stato, sez. V, 04/10/2022, n. 8496).

Riassumendo, dunque, nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici, l'individuazione della decorrenza del termine di impugnazione degli atti di una procedura di gara per l'affidamento di un contratto di appalto è così modulata: a) dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, comprensiva anche dei verbali ai sensi dell'art. 29, comma 1, del D.Lgs. n. 50 del 2016; b) dall'acquisizione, per richiesta della parte o per invio officioso, delle informazioni di cui all'art. 76 del D.Lgs. n. 50 del 2016, ma solo a condizione che esse consentano di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati o per accertarne altri, così da consentire la presentazione, non solo dei motivi aggiunti, ma anche del ricorso principale; c) nel caso di proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara è prevista la dilazione temporale, fino al momento in cui è consentito l'accesso, se 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 (sempreché pertanto l'istanza di accesso sia proposta nei quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione); d) dalla comunicazione o dalla pubblicità nelle forme individuate negli atti di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati (*ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 05/04/2022, n. 2525; Cons. Stato, Sez. V, 16/04/2021, n. 3127; Cons. Stato, Sez. V, 19/01/2021, n. 575).

Con riguardo, poi, al termine dei quindici entro i quali formulare l'istanza di accesso ed all'eventuale computo dei giorni impiegati per la presentazione della predetta istanza, l'onere di diligenza dell'operatore economico interessato ad impugnare assume una rilevanza dirimente, essendosi in tal senso espressa anche la Corte Costituzionale.

Sebbene, infatti, l'art. 79, comma 5-quater, del d. lgs. n. 163 del 2006 (che fissava in 10 giorni il termine per esercitare il proprio diritto d'accesso) non sia stata riprodotta nel codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. n. 50/2016, altrettanto vero è che la Corte costituzionale ha da ultimo evidenziato come un'interpretazione conforme al contesto logico-giuridico di riferimento conduca a ritenere che la dilazione temporale del termine per la proposizione del ricorso sia *"correlata all'esercizio dell'accesso nei quindici giorni previsti attualmente dall'art. 76 del vigente "secondo" cod. dei contratti pubblici (e, in precedenza, ai dieci giorni indicati invece dall'art. 79 del "primo" cod. contratti pubblici)"* (Corte cost., 28 ottobre 2021, n. 204).

I.6. – Con riguardo al caso in esame, l'appellante principale ha eccepito, in primo grado, la tardività del ricorso con il quale si lamentava l'illegittimità della sua offerta.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana osserva che, secondo i richiamati principi di diritto, il rapporto tra l'istanza di accesso e la dilazione temporale del termine per impugnare è concepito dalla prevalente giurisprudenza del Consiglio di Stato in un'ottica di celerità e di reciproca collaborazione.

In un settore di grande rilevanza economica e di peculiare delicatezza, infatti, come quello delle procedure di affidamento dei contratti pubblici che, peraltro, rientra anche nella sfera di interesse dell'Unione Europea, in cui è particolarmente avvertita l'esigenza di speditezza, tanto dell'attività amministrativa, quanto dell'eventuale successivo contenzioso, onde pervenire nel più breve tempo possibile alla stabilità degli effetti del rapporto giuridico in questione, tutti gli istituti potenzialmente idonei a determinare una dilatazione dei tempi di definizione patiscono delle limitazioni e delle compressioni, come ad esempio, il diritto di difesa, essendo previsto un termine di impugnazione di 30 giorni, ossia dimezzato rispetto a quello ordinario.

L'accesso, in quanto idoneo ad incidere sui tempi di conclusione della procedura di affidamento, non fa eccezione, dovendo essere esercitato (non potendosi denegare del tutto per ovvie ragioni difensive) in modo tale da garantire le esigenze di trasparenza senza pregiudicare quelle di celerità sottese ad una disciplina,

quella dell'affidamento dei contratti pubblici, contraddistinta in tutti i suoi aspetti, procedurali e processuali, dal chiaro intento di addivenire alla definizione stabile del rapporto nel più breve tempo possibile.

Il che esclude l'ammissibilità di condotte dilatorie, ossia di modalità di esercizio dei propri diritti tali da dilatare la tempistica oltre il limite del consentito.

Donde, la questione dei tempi di presentazione dell'istanza di accesso e della sua incidenza sul termine di impugnazione di cui all'art. 120 co. 5 c.p.a..

Al riguardo, secondo quanto come chiarito dal Consiglio di Stato (*ex multis*, sez. V, 15 marzo 2023, n. 2736; sez. V, 30 giugno 2023, n. 6382; sez. V, 20 marzo 2023, n. 2796; sez. V, 29/11/2022, n. 10470; sez. V, 05/04/2022, n. 2525; sez. V, 19/01/2021, n. 575):

a) se l'istanza di accesso è tempestiva (in quanto proposta, come vale ribadire, entro il termine di quindici giorni decorrenti dalla comunicazione o dalla pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione) e parimenti tempestivo è il riscontro ostensivo da parte della stazione appaltante, il termine per impugnare (di trenta giorni) subisce una "*corrispondente dilazione temporale*" (di quindici giorni): di tal che, in definitiva, il ricorso deve essere proposto entro il termine massimo (certo ed obiettivo) di 45 giorni (dalla comunicazione o pubblicazione);

b) se, per contro, l'istanza di accesso è tardiva (quindi, di nuovo, successiva al quindicesimo giorno dalla comunicazione o pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione) non opera, a favore del ricorrente, la ridetta "*dilazione temporale*": e ciò in ragione di un bene inteso canone di auto-responsabilità dell'operatore economico che concorre a gare pubbliche e della correlata necessità di evitare che il termine di impugnazione possa rimanere aperto o modulato *ad libitum*;

c) nel caso, invece, di comportamenti ostruzionistici e dilatori imputabili alla stazione appaltante (che non dia puntuale riscontro alla tempestiva istanza di accesso, ovvero la evada successivamente al termine di quindici giorni dalla ricezione), il termine per impugnare (trattandosi di vizi conoscibili solo in esito all'accesso) non inizia a decorrere se non dal momento dell'ostensione della documentazione richiesta (sicché, più che di vera e propria "*dilazione temporale*", in tal caso finisce per operare una autonoma e nuova decorrenza del termine).

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana ritiene condivisibile l'interpretazione seguita dalla richiamata pronuncia poiché le parti sono tenute, anche nell'esercizio delle loro prerogative, a comportarsi secondo buona fede, essendo i rapporti con l'Amministrazione improntati ad un obbligo di leale collaborazione, secondo quanto previsto dall'art. 1 co. 2 *bis* L. n. 241/1990.

Donde, la conclusione secondo cui, l'istanza di accesso tardiva, ossia presentata dopo i 15 giorni dalla comunicazione o pubblicazione dell'aggiudicazione, non determina il beneficio dell'estensione del termine di cui all'art. 120 co. 5 c.p.a., in quanto condotta potenzialmente dilatoria, posta in essere nell'esercizio di un diritto non conforme ai canoni di buona fede e di leale collaborazione.

In tal senso si è pronunciato il Consiglio di Stato con una recentissima sentenza (sez. V, 26 gennaio 2024, n. 854).

Il caso era quello dell'aggiudicazione di un appalto pubblicata il 24 luglio 2023 e comunicata il 3 agosto 2023. La società ricorrente aveva presentato un'istanza di accesso agli atti in data 8 settembre 2023 riscontrata dall'Amministrazione in data 13 settembre 2023. La ricorrente allora, dopo avere presentato un'istanza di

annullamento in autotutela il 28 settembre 2023, notificava il successivo 29 settembre 2023 il ricorso con il quale impugnava la predetta aggiudicazione domandandone l'annullamento.

Il Consiglio di Stato, in virtù dei principi di diritto in questa sede richiamati, ha giudicato il ricorso irricevibile perché la sospensione feriale non opera in relazione alla dilazione temporale di quindici giorni del termine di impugnazione in conseguenza della proposizione di una istanza di accesso agli atti. Il termine per la proposizione dell'istanza di accesso prevista dall'art. 76 del d.lgs. 50 del 2016, ancorché da computare (ricorrendone le condizioni) ai fini della dilatazione del termine utile per proporre ricorso, non è, infatti, un termine processuale e, pertanto, la sua decorrenza non è soggetta a sospensione feriale. Di conseguenza, l'istanza di accesso è stata giudicata tardiva, essendo stata proposta soltanto l'8 settembre 2023, a fronte della pubblicazione dell'aggiudicazione unitamente agli atti di gara il 24 luglio 2023 sul profilo del committente, sicché non era configurabile un termine unico di 45 giorni, sospeso in periodo feriale, per effetto di un'automatica estensione temporale del termine processuale di trenta giorni connessa all'istanza di accesso agli atti.

Pertanto, l'istanza di accesso agli atti era senz'altro tardiva, poiché intervenuta oltre 15 giorni sia dalla pubblicazione dell'aggiudicazione sul profilo del committente (il 24 luglio 2023) sia dalla comunicazione (il 3 agosto 2023), per cui, non operando a favore del ricorrente la corrispondente dilazione temporale degli ulteriori quindici giorni, il ricorso doveva essere notificato entro trenta giorni dal 24 luglio 2023, vale a dire, considerando la sospensione feriale, entro il 23 settembre 2023, mentre il ricorso era stato notificato solo il 29 settembre 2023.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, condividendo il richiamato orientamento, ritiene che anche nel caso in esame il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado sia stato tardivamente notificato.

Nella fattispecie, infatti, l'aggiudicazione è stata comunicata e pubblicata il 15 dicembre 2022 mentre la OMISSIS s.r.l. ha presentato l'istanza di accesso agli atti in data 10 gennaio 2023, ossia oltre il predetto termine di 15 giorni.

Donde, l'impossibilità di beneficiare della predetta dilazione temporale, con conseguente onere di impugnazione entro il termine di 30 giorni decorrenti dalla comunicazione o pubblicazione dell'aggiudicazione.

Al riguardo non coglie, peraltro, nel segno il precedente giurisprudenziale menzionato dalla OMISSIS s.r.l. a sostegno dell'assunto secondo cui l'istanza di accesso non sarebbe pregiudicata dalla sua presentazione oltre il quindicesimo giorno, poiché in quella pronuncia (Consiglio di Stato, sez. V, 21 marzo 2023, n. 2869) l'oggetto del contendere non era costituito dall'impugnazione di atti di una procedura di affidamento, ma dall'istanza di accesso agli atti di una gara da parte di un concorrente.

In quella sede, il Consiglio di Stato ha, infatti, chiarito che *«fuori del caso - non ricorrente nella specie - di azione esibitoria incidentale, di cui all'art. 116, comma 2 cod. proc. amm. (per il quale, in ragione della postulata connessione tra la pretesa ostensiva e l'acquisizione istruttoria strumentale alla definizione della lite introdotta in via principale, l'interesse all'accesso documentale va acquisito nella rigorosa prospettiva dell'interesse alla coltivazione della lite già proposta, ed in considerazione della sua concreta utilità istruttoria), non compete al giudice investito della domanda di accesso la delibazione (incidenter tantum) della ammissibilità o meno della (non ancora proposta) domanda di annullamento degli atti di gara»*, precisando, poi, che l'istanza *«proposta oltre il quindicesimo giorno dalla pubblicazione dell'esito della gara non la rende*

*- di per sé ed in ragione di una valutazione irrelata e, per giunta, astratta - immeritevole di seguito informativo. Ferma restando, perciò, la valutazione - del tutto eventuale e, comunque, rimessa ad altro giudizio - di inammissibilità del ricorso avverso gli atti di gara».*

I.7. – Rimane da esaminare l'ulteriore questione attinente alla valenza della pubblicazione ed alla correttezza della comunicazione dell'aggiudicazione.

La OMISSIS s.r.l., infatti, domanda, in via subordinata, la rettifica della sentenza appellata nella parte in cui ha ritenuto decorrente il termine di impugnazione dalla pubblicazione dell'aggiudicazione sulla piattaforma MEPA il 15 dicembre 2022.

La società appellata sostiene, in particolare, che, all'esito dell'istruttoria condotta nel precedente grado di giudizio, non potrebbe ritenersi comunicata l'aggiudicazione poiché il sistema avrebbe inviato il relativo documento all'indirizzo mail [nam.tre@libero.it](mailto:nam.tre@libero.it) e non all'indirizzo di p.e.c. [nam.tre@pec.impresemessina.it](mailto:nam.tre@pec.impresemessina.it).

Al riguardo, la società appellata ha disconosciuto la conformità all'originale della documentazione prodotta in pdf in ottemperanza all'ordinanza istruttoria n. 90/2023 emessa dal T.A.R., contestando, poi, qualsivoglia affermazione contenuta nei predetti documenti di avvenuta comunicazione dell'aggiudicazione, tanto più che le Autorità interpellate non avrebbero confermato la lettura dell'asserita comunicazione, ma soltanto la mera spedizione della stessa.

Con ordinanza n. 771/2023, il Collegio ha invitato la Consip S.p.A. a rendere i seguenti chiarimenti sulla procedura telematica oggetto di causa:

1) Descriva la Consip S.p.A. il procedimento di comunicazione degli atti di gara ai partecipanti di cui all'art. 16 delle regole del sistema di e-procurement della Pubblica Amministrazione, precisando, in particolare, se sia all'uopo necessario l'inserimento nell'apposita Area di un indirizzo di p.e.c. o possa, invece, indifferentemente o cumulativamente essere inserito anche un indirizzo di posta elettronica semplice;

2) Dica la Consip S.p.A., qualora l'operatore economico partecipante alla gara abbia inserito un indirizzo di posta elettronica semplice, se il sistema telematico sia egualmente in grado di assicurare e fornire la prova dell'avvenuta ricezione e lettura della comunicazione inviata tramite la relativa Area;

3) Dica la Consip S.p.A. quali modalità siano state seguite per la comunicazione dell'aggiudicazione e dei verbali di gara alla OMISSIS s.r.l., producendo la documentazione completa comprovante il relativo esito e spiegando, in particolare, se il sistema registri ed acquisisca il dato dell'avvenuta lettura una volta aperta la comunicazione o se sia possibile per i partecipanti alla procedura leggere la comunicazione a loro inviata senza che il sistema ne rilevi, con certezza, il dato;

4) Dica la Consip S.p.A. se nel periodo antecedente e concomitante alla comunicazione spedita il 15 dicembre 2022 siano stati rilevati o segnalati malfunzionamenti del sistema di e-procurement della Pubblica Amministrazione in relazione alla gara in questione ed, in caso di risposta positiva, se e come essi abbiano influito sulle comunicazioni di rito.

Con la relazione depositata unitamente all'allegata documentazione a corredo il 4 dicembre 2023, la Consip S.p.A. ha chiarito che:

1) alle procedure svolte mediante il Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione (M.E.P.A.) si applica l'art. 16 delle Regole del Sistema di e-Procurement della Pubblica Amministrazione secondo cui *“Consip, le Stazioni Appaltanti e gli Operatori Economici utilizzano l'Area Comunicazioni per l'invio e la ricezione di tutte*

*le comunicazioni valide ad ogni effetto di legge, di cui fanno piena prova le Registrazioni di Sistema. Qualsiasi comunicazione inviata da Consip, dalla stazione appaltante o dall'Operatore Economico all'Area Comunicazioni nell'ambito del Sistema si avrà per eseguita nel momento in cui perverrà nell'Area Comunicazioni del destinatario, come attestato dalle Registrazioni di Sistema. A tale fine ciascun Utente elegge il proprio domicilio nell'Area Comunicazioni a questo riservata. .... L'Operatore Economico e la stazione appaltante si impegnano ad accedere, verificare e tenere sotto controllo in maniera continuativa e sollecita, e comunque tutte le volte che si renderà necessario in funzione della propria partecipazione al Sistema, l'Area Comunicazioni e tutti gli strumenti informativi legati al proprio Account, quale la casella di Posta Elettronica Certificata o di posta elettronica ordinaria, indicati in sede di Registrazione”.*

La Consip ha, poi, precisato che *“in sede di ammissione ai mercati telematici è necessario l’inserimento nell’apposita Area cumulativamente sia di un indirizzo di posta elettronica semplice sia di un indirizzo di Pec.*

*Orbene, nel caso di specie, dalle verifiche effettuate sulle Registrazioni del Sistema e sulla base dati - ossia gli archivi elettronici contenenti gli accessi, i collegamenti, gli atti, i dati, i documenti, le comunicazioni e le informazioni relative al funzionamento del Sistema, che includono, tra l’altro, la registrazione cronologica delle operazioni eseguite (log applicativi e di Sistema), i cambiamenti che le operazioni introducono sulla base di dati, incluso il controllo degli accessi degli Utenti e la verifica delle operazioni effettuate e sulla base dati (di seguito anche solo Log di Sistema) - del Gestore del Sistema (R.T.I. composto da Al maviva S.p.A. in qualità di mandataria e da Accenture S.p.A., Accenture Financial Advanced Solution & Technology S.r.l. e Deas S.p.A. in qualità di mandanti), risulta che il RTI OMISSIS S.r.l. (mandataria) e Elicar Parking S.r.l. (mandante), in sede di ammissione ai mercati telematici, ha indicato come recapito dell’OE OMISSIS l’indirizzo PEC NAM.TRE@PEC.IMPRESAMESSINA.IT e come recapito del legale rappresentante MANGANO STEFANIA l’indirizzo mail NAM.TRE@LIBERO.IT, come recapito dell’OE ELICAR PARKING S.r.l. l’indirizzo PEC ELICARPARKING@LEGALMAIL.IT e come recapito del legale rappresentante ONTARIO STEFANO ENRICO MARIA l’indirizzo PEC ELICARPARKING@LEGALMAIL.IT”.*

2) In merito al punto 2), la Consip S.p.A. ha precisato che *“il Sistema di e-Procurement, attraverso l’analisi dei Log di Sistema e della base dati, è in grado di assicurare e fornire la prova dell’invio, consegna e lettura della comunicazione inviata tramite la relativa Area Comunicazioni all’interno della negoziazione; inoltre, il Sistema prevede il tracciamento dell’avvenuto invio di una mail di cortesia inoltrata dal Sistema stesso all’indirizzo di posta elettronica o certificata indicato dall’OE in sede di ammissione in corrispondenza del legale rappresentante.*

*Ovviamente il Sistema non può tracciare l’avvenuta consegna e/o lettura della mail di cortesia poiché i sistemi di posta elettronica, ordinaria e Pec risiedono al di fuori del Sistema di e-Procurement.*

*Nel caso di specie dalle analisi eseguite sulle Registrazioni di Sistema è emerso che:*

*a) alle ore 08:39 del 15/12/2022 la SA, operando nell’Area dedicata alla specifica iniziativa, ha inviato la comunicazione di aggiudicazione definitiva e i verbali di gara all’Area comunicazioni degli OE OMISSIS s.r.l. e all’OE ELICAR PARKING S.r.l. In contemporanea il Sistema ne ha dato avviso all’OE RTI OMISSIS S.r.l. all’indirizzo NAM.TRE@LIBERO.IT e all’OE ELICAR PARKING S.r.l. all’indirizzo ELICARPARKING@LEGALMAIL.IT attraverso l’invio in automatico di una mail di cortesia.*

*b) Alle ore 8:48 del 15/12/2022 l’OE OMISSIS S.r.l. ha letto la comunicazione di aggiudicazione definitiva inviata dalla SA con allegati i verbali di gara tramite la relativa Area, come risulta dalla riga di Log n.52”.*

3) In merito al punto 3), *“dalle Registrazioni di Sistema (doc.2) risulta che la comunicazione dell’aggiudicazione definitiva e dei verbali di gara è avvenuta attraverso le funzioni del Sistema con le modalità indicate al punto precedente.*

*Come già evidenziato, il Sistema registra e acquisisce il dato dell’avvenuta lettura della comunicazione quando l’utente accede al sito [www.acquistinretepa.it](http://www.acquistinretepa.it), inserisce la propria utenza e password e accede alle comunicazioni all’interno della negoziazione”.*

4) In merito al punto 4), *“dalle verifiche effettuate sulle Registrazioni del Sistema (Log) e sulla base dati del Gestore del Sistema (R.T.I. composto da Almaviva S.p.A. in qualità di mandataria e da Accenture S.p.A., Accenture Financial Advanced Solution & Technology S.r.l. e Deas S.p.A. in qualità di mandanti) e dall’analisi del sistema di gestione delle segnalazioni (Trouble Ticketing), non sono stati rilevati o segnalati malfunzionamenti del Sistema di e-Procurement in relazione alla gara in questione, nel periodo antecedente o concomitante l’invio della comunicazione di aggiudicazione definitiva spedita alle ore 08:39 del 15/12/2022”.*

I predetti chiarimenti confutano le eccezioni della OMISSIS S.r.l..

La partecipazione alla procedura implicava, infatti, l’accettazione delle modalità telematiche di comunicazione degli atti di gara mediante il portale adoperato. Il bando, infatti, prevedeva al punto 10 che le comunicazioni ai sensi dell’art. 76 D.Lgs. n. 50/2016 sarebbero state inoltrate dal sistema non soltanto all’indirizzo di mail PEC inserito nella scheda Anagrafica della propria iscrizione nella piattaforma digitale [www.parcovalledeitempli.it/bandi/](http://www.parcovalledeitempli.it/bandi/) ma anche sul portale della Centrale Acquisti [www.acquistinretepa.it](http://www.acquistinretepa.it), onerando tutti gli operatori economici a verificare il dato, pena il mancato recapito delle stesse.

Considerato che non sono state rilevate, né segnalate anomalie di funzionamento della piattaforma telematica adoperata, la comunicazione dell’aggiudicazione e dei relativi allegati può ritenersi essere avvenuta il 15 dicembre 2023 presso il domicilio digitale eletto dalla società nell’Area Comunicazioni del sistema (doc. 2 depositato dalla Consip S.p.A. il 4 dicembre 2023) che ha, infatti, rilevato la data e l’orario di lettura del messaggio inviato e consegnato il 15 dicembre 2022 alle ore 8:39, essendo stato letto dalla società il medesimo giorno dell’invio, qualche minuto dopo la ricezione, ed esattamente alle ore 8:48.

I dati comunicati dalla Consip S.p.A. devono ritenersi attendibili.

Al riguardo, occorre, infatti, sottolineare che ai sensi dell’art. 16 delle Regole del Sistema di e-Procurement della Pubblica Amministrazione l’operatore economico aveva espressamente assunto l’obbligo di *“accedere, verificare e tenere sotto controllo in maniera continuativa e sollecita, e comunque tutte le volte che si rende necessario in funzione della propria partecipazione al Sistema, l’Area Comunicazioni e tutti gli strumenti informativi legati al proprio Account, quale la casella di Posta Elettronica Certificata o di posta elettronica ordinaria, indicati in sede di Registrazione”.*

Inoltre, nel successivo art. 17 si precisa che *“Il Sistema è realizzato per garantire l’integrità dei dati e la riservatezza delle offerte, delle domande di partecipazione e delle Registrazioni di Sistema.*

*Ogni operazione effettuata attraverso il Sistema è memorizzata nelle Registrazioni di Sistema, quale strumento con funzioni di attestazione e tracciabilità di ogni attività e/o azione compiuta a Sistema. Le Registrazioni di Sistema relative ai collegamenti effettuati al Sistema e alle relative operazioni eseguite sono conservate nel Sistema e fanno piena prova nei confronti degli utenti del Sistema.*

*Le registrazioni di sistema sono effettuate ed archiviate, anche digitalmente, in conformità alle disposizioni tecniche e normative emanate ai sensi degli articoli 43 e 44 del D. Lgs. n. 82/2005.*

*Le Registrazioni di Sistema hanno carattere riservato e non sono divulgate a terzi, salvo ordine del giudice o in caso di legittima richiesta di accesso agli atti.*

*L'utilizzo dell'Account vale ad attribuire incontestabilmente al titolare, nonché al soggetto da questo rappresentato, tutte le manifestazioni di volontà, ed in generale tutte le azioni, gli atti e i fatti posti in essere nell'ambito del Sistema, che si intendono compiute nell'ora e nel giorno risultanti dalle Registrazioni di Sistema.*

*Il tempo del Sistema è sincronizzato sull'ora italiana riferita alla scala di tempo UTC (IEN), di cui al decreto del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato 30 novembre 1993, n. 591".*

Per cui il disconoscimento dei dati del Sistema da parte della OMISSIS S.r.l. non coglie nel segno.

Al riguardo, vale, infatti, quanto sancito dall'art. 23 del D.Lgs. n. 82 del 2005, secondo cui *"le copie e gli estratti su supporto analogico del documento informatico, conformi alle vigenti regole tecniche, hanno la stessa efficacia probatoria dell'originale, se la loro conformità non è espressamente disconosciuta"*, aggiungendo che *"resta fermo, ove previsto, l'obbligo di conservazione dell'originale informatico"*.

L'efficacia probatoria da riconoscere al documento informatico riportante i log di sistema è quella propria dei documenti di cui all'art. 2712 c.c..

L'art. 2712 cod. civ., peraltro, è stato oggetto di contrapposte interpretazioni soprattutto per quanto attiene al significato da attribuire al concetto di *"piena prova"* in esso contenuto nonché all'individuazione delle modalità da attuare al fine di disconoscere la riproduzione.

Circa il disconoscimento ci si è chiesti se siano applicabili le modalità ed i termini fissati dal codice di procedura civile agli articoli 214 e 215 c.p.c..

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana ritiene debba seguirsi l'indirizzo negativo, non potendosi seguire le regole citate in quanto espressamente previste per le sole scritture private.

Il disconoscimento potrà essere effettuato, quindi, nel corso dell'intero giudizio, alla stregua di quanto avviene in ordine alla contestazione dei fatti allegati in causa.

Al riguardo occorre precisare che il disconoscimento non preclude l'accertamento dell'attendibilità del documento.

Secondo quanto, infatti, affermato dalla Corte di Cassazione: a) *«In tema di efficacia probatoria delle riproduzioni informatiche di cui all'art. 2712 c.c., il disconoscimento idoneo a farne perdere la qualità di prova, degradandole a presunzioni semplici, deve essere non solo tempestivo, soggiacendo a precise preclusioni processuali, ma anche chiaro, circostanziato ed esplicito, dovendosi concretizzare nell'allegazione di elementi attestanti la non corrispondenza tra realtà fattuale e realtà riprodotta»* (Cass. n. 12794 del 2021; conforme ad essa, Cass. n. 17526 del 2016); b) *«La riproduzione cartacea delle risultanze del sito internet può certamente essere oggetto di contestazione, in relazione alla sua effettiva conformità alle risultanze stesse, ai sensi dell'art. 2712 c.c. (...), ma, in presenza di tale contestazione, è sempre consentito al giudice di accertare detta conformità con qualunque altro mezzo di prova»* (Cass. n. 17810 del 2020; cfr., ex multis: Cass., Sez. 2, Ordinanza n. 5141 del 21-02-2019; Sez. 5, Ordinanza n. 12737 del 23-05-2018; Sez. L, Sentenza n. 3122 del

17-02-2015; Sez. L, Sentenza n. 2117 del 28-01-2011; Sez. 3, Sentenza n. 4395 del 04-03-2004); c) «*In tema di efficacia probatoria delle riproduzioni informatiche di cui all'art. 2712 cod. civ., il "disconoscimento" che fa perdere ad esse la qualità di prova, pur non soggetto ai limiti e alle modalità di cui all'art. 214 cod. proc. civ., deve tuttavia essere chiaro, circostanziato ed esplicito, dovendosi concretizzare nell'allegazione di elementi attestanti la non corrispondenza tra realtà fattuale e realtà riprodotta, ma non ha gli stessi effetti del disconoscimento previsto dall'art. 215, secondo comma, cod. proc. civ., perché mentre questo, in mancanza di richiesta di verifica e di esito positivo di questa, preclude l'utilizzazione della scrittura, il primo non impedisce che il giudice possa accertare la conformità all'originale anche attraverso altri mezzi di prova, comprese le presunzioni*» (Cass. n. 3122 del 2015).

Nel caso in esame il disconoscimento dei dati di sistema riportati dalla Consip S.p.A. non è circostanziato, non avendo la OMISSIS s.r.l. dimostrato la diversa data (rispetto a quella del 15 dicembre 2022) in cui l'aggiudicazione le sarebbe stata formalmente comunicata.

In ogni caso sussistono indizi gravi, precisi e concordanti che inducono a ritenere avvenuta la comunicazione dell'aggiudicazione in data 15 dicembre 2022 poiché:

- a) la documentazione prodotta dalla Consip S.p.A. appare essere stata tenuta secondo la disciplina di legge;
- b) i predetti documenti provengono da un soggetto qualificato (con specifico riguardo alla Consip S.p.A. Cass. pen. 13 giugno 2017 n. 36874 e 30 aprile 2019 n. 4119), avendo la giurisprudenza da tempo affermato che anche i soggetti inseriti nella struttura organizzativa di una società per azioni possono essere qualificati come pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, quando l'attività della società sia disciplinata da norme di diritto pubblico e persegua delle finalità pubbliche, sia pure con strumenti privatistici (Cass. pen., Sez. 6, n. 19484 del 23/01/2018, Bellinazzo, Rv. 273781; Sez. 6, n. 45908 del 16/10/2013, Orsi, Rv. 257384, relativa a fattispecie nella quale la Corte ha riconosciuto la qualifica di incaricato di pubblico servizio all'amministratore di una società per azioni, operante secondo le regole privatistiche, ma partecipata da un consorzio di enti pubblici ed avente ad oggetto la gestione di un servizio di pubblico interesse, quale la raccolta o lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani; conformi Cass. Sez. 6, n. 49759 del 27/11/2012, Zabatta, Rv. 254201; Sez. 6, n. 1327 del 07/07/2015, dep. 2016, Caianiello, Rv. 266265);
- c) secondo quanto desumibile dai log di sistema, tutte le comunicazioni della procedura a partire dal 6 ottobre 2022 sino 30 agosto 2023 sono state effettuate tramite la piattaforma presso l'indirizzo di posta elettronica NAM.TRE@LIBERO.IT e per tutte è riportata non soltanto la data di consegna ma anche quella di lettura. Inoltre, tutte le interlocuzioni della società con la stazione appaltante sono state inoltrate mediante il sistema dal predetto indirizzo di posta elettronica NAM.TRE@LIBERO.IT (come ad esempio, le richieste di chiarimento ed anche l'istanza di accesso agli atti del 10 gennaio 2023).

Per cui non si comprende per quale ragione tutte le comunicazioni sarebbero andate a buon fine tranne quella inerente all'aggiudicazione.

I.8. – Pertanto, il primo motivo dell'appello principale e dell'appello incidentale è fondato e va accolto, con conseguente riforma della sentenza impugnata e dichiarazione di irricevibilità del ricorso di primo grado proposto dalla OMISSIS s.r.l..

II. – *Le spese processuali.*

II.1. La peculiarità delle questioni di diritto esaminate e gli orientamenti non sempre univoci seguiti dalla giurisprudenza in tema di ricevibilità dei ricorsi proposti avverso l'aggiudicazione delle procedure di affidamento dei contratti pubblici giustifica l'integrale compensazione delle spese processuali tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sezione giurisdizionale, definitivamente pronunciando sugli appelli come in epigrafe proposti in relazione alla procedura di affidamento identificata con il C.I.G. 911232507A, li accoglie e, per l'effetto, riforma la sentenza impugnata e dichiara irricevibile il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado proposto dalla OMISSIS s.r.l..

Compensa per intero le spese processuali del doppio grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 29 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente

Solveig Cogliani, Consigliere

Maurizio Antonio Pasquale Francola, Consigliere, Estensore

Giovanni Ardizzone, Consigliere

Paola La Ganga, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Maurizio Antonio Pasquale Francola**

**IL PRESIDENTE**

**Roberto Giovagnoli**

**IL SEGRETARIO**