

Publicato il 07/02/2024

N. 01263/2024REG.PROV.COLL.
N. 04154/2023 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4154 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da Safety21 S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 8728895008, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Sica, Mariano Protto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Mariano Protto in Roma, via Cicerone 44;

contro

Comune di Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Lepore, Antonello Mandarano, Stefania Pagano, Sara Pagliosa, Danilo Parvopasso, Massimo Cali', Emilio Pregnolato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Lepore in Roma, via Polibio n. 15;

nei confronti

LaBconsulenze S.r.l. già Euten S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Saverio Sticchi Damiani, Walter Perrotta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) n. 705/2023 e dell'ordinanza collegiale del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) n. 57/2023, resa tra le parti;

quanto al ricorso per motivi aggiunti:

per l'annullamento della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, sez. I, n. 705/2023.

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Milano e di LaBconsulenze S.r.l. già Euten S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 ottobre 2023 il Cons. Diana Caminiti e uditi per le parti gli avvocati Protto, Pregolato e Sticchi Damiani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

1. Con atto ritualmente notificato e depositato Safety21 s.p.a. (d'ora in poi più semplicemente Safety), interpone appello avverso la sentenza del Tar Lombardia, Milano, sez. I, 20 marzo 2023, n. 705, che ha rigettato il ricorso introduttivo ed in parte rigettato ed in parte dichiarato irricevibile il ricorso per motivi aggiunti proposto dall'odierna appellante avverso la determinazione del dirigente dell'Area Gare Beni e Servizi del Comune di Milano, n. 5737 del 15 luglio 2022, comunicata in data 19 luglio 2022, recante l'aggiudicazione dell'affidamento del servizio di notificazione dei verbali di contestazione ai cittadini residenti all'estero, in favore di Euten s.r.l., (di seguito Euten) per un importo complessivo di euro 1.915.880,00 ed avverso i relativi atti presupposti, nonché avverso l'ordinanza adottata in corso di causa, 3 gennaio 2023 n. 57, con la quale era stato rigettato il ricorso ex art. 116

comma 2 c.p.a. per l'accesso ai documenti di gara, *sub specie* di richiesta di estrazione di copia dell'offerta tecnica in forma non omissata, essendo stato l'accesso consentito dalla stazione appaltante nella sola visione.

2. Dagli atti di causa risulta quanto di seguito specificato.

2.1. La società Safety, seconda classificata nella procedura *de qua*, ha domandato in *prime cure* con il ricorso introduttivo l'annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore della società Euten, oltre al risarcimento del danno in forma specifica, mediante l'aggiudicazione del servizio ed il subentro nel contratto, previa dichiarazione di inefficacia dello stesso, ove sottoscritto.

2.2. In particolare, la Safety ha lamentato che il Comune di Milano non avrebbe dovuto ammettere la Euten alla gara, in quanto essa: a) non risulterebbe in regola con il pagamento delle imposte, delle tasse o dei contributi previdenziali (primo motivo); b) avrebbe sottoscritto con la Ser.Com. s.r.l. un contratto di avvalimento nullo per genericità dell'oggetto (secondo motivo); c) non avrebbe dimostrato il possesso del requisito di capacità tecnica e professionale di cui all'art. 7.3, lettera a), del disciplinare di gara (terzo motivo); d) aveva dichiarato di utilizzare, per effettuare una prestazione essenziale del servizio, un soggetto postalizzatore privo della licenza del Ministero dell'industria e dello sviluppo economico e di quella speciale di cui al regolamento in materia di rilascio delle licenze per svolgere il servizio di notificazione, approvato con delibera dell'autorità per le garanzie nelle comunicazioni, delib. 20.022018, n. 77/18/cons (quinto motivo). Con il quarto motivo di ricorso la Safety ha poi censurato al buio la verifica di non anomalia dell'offerta della Euten e, a tal proposito, nonché al fine di articolare altre censure, ha proposto un'istanza incidentale di accesso agli atti di gara, ai sensi dell'articolo 116, comma 2, del codice del processo amministrativo.

2.3. Con memoria notificata, da qualificarsi come ricorso incidentale, la Euten ha a sua volta domandato, in caso di accoglimento del secondo motivo del ricorso introduttivo, l'annullamento o la declaratoria di nullità dell'articolo 8

del disciplinare di gara, per violazione dell'articolo 89, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, dei criteri ermeneutici per l'interpretazione della *lex specialis* nonché dei principi di tassatività e proporzionalità delle clausole di esclusione e del principio del *favor participationis*, ove interpretato nel senso di escludere il soccorso istruttorio, in relazione alla specificazione dell'oggetto del contratto di avvalimento.

2.4. Con ricorso per motivi aggiunti, non estensivo dell'impugnazione, la società ricorrente ha sostanzialmente riproposto, sia pure sotto una diversa prospettazione ed in maniera più dettagliata, le censure specificate nel secondo, nel terzo e nel quinto motivo del ricorso introduttivo (sesto ed undicesimo motivo) e ne ha proposto di nuove.

2.4.1. In particolare, la Safety ha eccepito che il Comune di Milano avrebbe dovuto escludere dalla gara la Euten, in quanto l'offerta dalla stessa presentata conterrebbe degli elementi che non rispettano le regole per il trattamento dei dati personali (settimo ed ottavo motivo). La società ricorrente ha altresì contestato l'attribuzione del punteggio massimo alla Euten per il criterio qualitativo della "capacità organizzativa", in relazione ai sub criteri 2.1 (valutazione della metodologia di reperimento delle informazioni riferite alla proprietà dei mezzi) e 2.3 (valutazione dell'organizzazione delle strutture terminali nei Paesi di destinazione degli atti), per i quali non avrebbe dovuto esserle attribuito alcun punteggio (nono e decimo motivo). A detta della ricorrente la mancata attribuzione del punteggio per i predetti *sub* criteri di valutazione dell'offerta tecnica della Euten le consentirebbe di vincere la prova di resistenza per l'aggiudicazione del servizio. La stessa infine ha censurato la valutazione di congruità dell'offerta economica presentata dalla Euten, con riferimento ai costi per la postalizzazione delle raccomandate internazionali con avviso di ricevimento (undicesimo motivo).

3. Il giudice di *prime cure* ha in primo luogo, con ordinanza 3 gennaio 2023 n. 57, rigettato il ricorso ex art. 116 comma 2 c.p.a., diretto ad ottenere copia della documentazione della Euten in forma non omissata, sulla base del rilievo

che la norma di cui all'art. 23, comma settimo, del disciplinare di gara, - che consente l'accesso integrale agli atti di gara ivi specificati nella forma della sola visione, previa, richiesta di appuntamento, da concordare con la stazione appaltante, essendo per conto l'accesso *sub specie* di estrazione di copia subordinato all'oscuramento che il controinteressato, consultato dalla stazione appaltante in merito all'esistenza di segreti industriali o commerciali, ha comunicato di voler apporre ai documenti presentati in gara - sia del tutto legittimo.

3.1. Inoltre, con la successiva sentenza 20 marzo 2023, n. 705, il primo giudice ha rigettato il ricorso introduttivo, principiando dalla disamina delle censure volte ad ottenere l'esclusione dell'aggiudicataria ed in parte dichiarato improcedibili, in parte rigettato ed in parte dichiarato irricevibili le censure di cui al ricorso per motivi aggiunti.

3.2. Quanto al primo motivo, relativo ad asserite irregolarità fiscali, il Tar ha precisato come dagli atti di causa risultasse che la società avesse ottenuto la rateizzazione del debito tributario prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

3.3. Il giudice di *prime cure* ha poi rigettato il secondo motivo, riferito alla nullità – per asserita genericità - del contratto di avvalimento stipulato dall'aggiudicataria con la Ser.Com. s.r.l. per la comprova del requisito di capacità tecnica e professionale di cui all'articolo 7.3, lettera a), del disciplinare di gara, relativo alla esecuzione con buon esito di contratti aventi ad oggetto prestazioni riconducibili a quelle oggetto di gara nel triennio precedente alla data di pubblicazione del bando di gara (Maggio 2018 - Aprile 2021) per enti pubblici o soggetti privati per un valore complessivo con esclusione dell'IVA almeno pari a € 1.140.000,00, con indicazione dei rispettivi importi e date, richiamando la giurisprudenza in materia.

3.4. Ciò posto, ha ritenuto improcedibili, per sopravvenuta carenza di interesse alla loro trattazione, sia la censura relativa al soccorso istruttorio, escluso dall'articolo 8 del disciplinare di gara in caso di nullità del contratto di

avvalimento, contenuta nel terzo motivo del ricorso introduttivo, sia la censura, contenuta nel sesto dei motivi aggiunti, con la quale la società ricorrente ha contestato, avuto riguardo all'inammissibilità del soccorso istruttorio, stante l'asserita nullità del contratto di avvalimento, il possesso del requisito di capacità tecnica e professionale di cui all'articolo 7.3, lettera a), del disciplinare di gara, in capo alla Euten in proprio, allegato all'esito delle contestazioni mosse dalla stazione appaltante.

3.5. Ha inoltre rigettato il quinto motivo del ricorso introduttivo, con cui si era contestato che la Euten avesse sottoscritto un contratto per l'esecuzione delle attività di postalizzazione internazionale degli atti affidati, con un soggetto postalizzatore risultato privo della licenza individuale speciale per le notificazioni degli atti giudiziari e delle multe rilasciata dal Ministero dell'industria e dello sviluppo economico, sulla base del rilievo che ai sensi dell'articolo 1 del decreto del Ministro dello sviluppo economico del 19 luglio 2018, le licenze individuali speciali per lo svolgimento del servizio di notificazione a mezzo posta delle violazioni al codice della strada attengono esclusivamente agli ambiti nazionale e regionale e che ai sensi del combinato disposto degli articoli 14 e 16 del Regolamento (CE) 1939/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 novembre 2007 ed in attuazione del principio di libera circolazione dei servizi, gli Stati membri hanno facoltà di notificare gli atti giudiziari ed extragiudiziari alle persone residenti negli altri Stati membri *“direttamente tramite i servizi postali”* senza necessità di autorizzazioni (circolare del Ministero dell'interno del 20 aprile 2022).

3.6. Avuto riguardo al rigetto di tale motivo di ricorso, sono stati poi dichiarati improcedibili il quarto motivo del ricorso introduttivo – formulato al buio prima della visione dell'offerta di Euten in forma completa - e l'undicesimo motivo del ricorso per motivi aggiunti - formulato dopo la visione in forma non oscurata di detta offerta - con cui si era dedotta l'incongruità dell'offerta di Euten, sulla base del presupposto della nullità del contratto stipulato con Poste Vaticane e della necessità pertanto di applicare il maggior costo unitario

risultante dal tariffario di Poste Italiane s.p.a., pari ad euro 7,10 per raccomandata.

3.7. I motivi aggiunti “*nuovi*”, con cui la ricorrente aveva contestato l’illiceità del meccanismo di tracciatura degli indirizzi IP privati dei trasgressori, della creazione di un registro privato dei dati anagrafici dei proprietari dei veicoli e del recupero dei crediti (settimo, ottavo e decimo motivo) nonché l’impraticabilità della soluzione tecnica offerta dalla Euten dell’automatica correzione <*date sensitive*> dei dati dei trasgressori (nono motivo) sono stati invece dichiarati irricevibili per essere stati formulati tardivamente rispetto all’invio della comunicazione da parte della stazione appaltante della disponibilità a consentire la visione dell’offerta tecnica, non potendo il termine computarsi, a fronte della disponibilità dimostrata alla visione, dalla data dell’effettiva presa visione della documentazione.

3.8. Il giudice di *prime cure*, avuto riguardo al rigetto/declaratoria di improcedibilità del ricorso principale ed al rigetto/declaratoria di improcedibilità e di irricevibilità del ricorso per motivi aggiunti, ha pertanto dichiarato improcedibile il ricorso incidentale proposto da Euten.

4. Avverso tale sentenza, con l’atto di appello Safety ha articolato i seguenti motivi:

I) Violazione e falsa applicazione dell’art. 89 d.lgs. 50/2016 s.m.i. e dell’art. 8 del disciplinare di gara. nullità del contratto di avvalimento.

Con tale motivo vengono censurati i capi della sentenza con cui si erano rigettati i motivi formulati avverso il contratto di avvalimento, volti a dimostrare in ogni caso l’assenza dei requisiti di capacità tecnica.

II) Violazione e falsa applicazione dell’art. 89 d.lgs. 50/2016 s.m.i. e dell’art. 8 del disciplinare di gara. Nullità del contratto di avvalimento

Stante la nullità del contratto di avvalimento, l’aggiudicataria, in tesi di parte appellante, dovrebbe ritenersi priva del possesso dei requisiti di capacità tecnica; errata sarebbe sul punto la pronuncia di *prime cure* che aveva ritenuto improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse, avuto riguardo alla

legittimità del contratto di avvalimento, le ulteriori censure formulate, sia con riferimento all'inammissibilità del soccorso istruttorio, invece consentito dalla stazione appaltante, sia relativamente alla contestazione della capacità tecnica dell'aggiudicataria in proprio, ovvero senza necessità del ricorso al contratto di avvalimento.

Pertanto ha riproposto il terzo motivo del ricorso introduttivo, non esaminato dal Tar.

III) Violazione e falsa applicazione dell'art. 83 d.lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione del d.m. mise del 19 luglio 2018. Violazione e falsa applicazione regolamento in materia di rilascio delle licenze per svolgere il servizio di notificazione approvato con delibera dell'autorità per le garanzie nelle comunicazioni delib. 20.022018, n. 77/18/cons. Violazione e falsa applicazione della *lex specialis*. Eccesso di potere; illogicità manifesta; contraddittorietà; difetto di istruttoria.

Con tale motivo si censura il capo della sentenza che aveva rigettato il motivo riferito alla circostanza che per l'effettuazione del servizio l'aggiudicataria si avvarrebbe di Poste Vaticane, prive della licenza speciale per lo svolgimento del servizio di notificazione.

IV) Violazione e falsa applicazione dell'art. 41 c.p.a..

Con tale motivo si censura la sentenza nel punto in cui aveva dichiarato irricevibili i motivi aggiunti, evidenziando l'erroneità della stessa nel punto in cui aveva fatto decorrere il termine per la proposizione dalla semplice comunicazione della disponibilità data dalla stazione appaltante a consentire la visione dell'offerta tecnica.

Ha quindi riproposto detti motivi:

a) Violazione e falsa applicazione dell'art. 89 d.lgs. 50/2016 s.m.i. e dell'art. 8 del disciplinare di gara. Nullità del contratto di avvalimento. Violazione e falsa applicazione dell'art. 59, comma 3, d.lgs. 50/2016 s.m.i., nonché della *lex specialis* (art. 1.4 del capitolato speciale);

b) Violazione e falsa applicazione dell'art. 59, comma 3, d.lgs. 50/2016 s.m.i.;

c) Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost. e 77, d.lgs. 50/2016 s.m.i.;

d) Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 cost. nonché degli artt. 59 e. 77, d.lgs. 50/2016 s.m.i.;

V) In via subordinata violazione e falsa applicazione dell'art. 41 c.p.a. sotto ulteriore profilo.

Con tale motivo, proposto in via subordinata, parte appellante lamenta che non poteva essere considerato tardivo il motivo relativo alla verifica di anomalia dell'offerta in quanto formulato sin dal ricorso introduttivo con riferimento ai costi dei contratti con altri partner ai quali Euten aveva dichiarato di fare ricorso.

VI) Violazione e falsa applicazione degli artt. 46, comma 2, e 65, comma 3, c.p.a. difetto di istruttoria.

Ferma l'illegittimità dell'ordinanza n. 57 del 3.01.2023, con la quale il Tar aveva erroneamente ed illegittimamente respinto l'istanza di cui all'art. 116, comma 2, c.p.a., oggetto del successivo motivo di appello, parte appellante evidenzia che il Comune aveva comunque l'obbligo di depositare in giudizio tutti gli atti e i documenti di cui all'art. 46 c.p.a. in forma integrale;

VII) Violazione falsa applicazione degli art. 22 ss. l. n. 241 del 1990 s.m.i. e 53 del d.lgs. n. 50/2016.

Con tale motivo si censura l'ordinanza 3 gennaio 2023 n. 57 che aveva disatteso la richiesta di accesso ex art. 116 comma 2 c.p.a., ritenendo legittima la sola ostensione dell'offerta in forma integrale concessa dalla stazione appaltante, con esclusione della possibilità di ottenerne copia, non avendo in particolare il primo giudice verificato se le parti oscurate effettivamente costituissero segreto tecnico o commerciale.

5. Si è costituita LaBConsulence s.r.l. (di seguito per brevità anche LaBconsulenze), già Euten s.r.l., con articolata memoria difensiva, instando per il rigetto dell'appello e per la declaratoria di inammissibilità dell'ultimo motivo, posto che l'ordinanza ex art. 116 comma 2 c.p.a. del Tar, in quanto di natura decisoria, avrebbe dovuto essere oggetto di immediata impugnativa.

6. Anche il Comune di Milano si è costituito, richiedendo il rigetto dell'appello.

7. Con atto notificato in data 3 luglio 2023 e depositato il successivo 4 luglio Safety ha proposto ricorso per motivi aggiunti fondato sulle seguenti sopravvenienze:

a) con la determinazione dirigenziale n. 3595/2023, premesso che *“con comunicazione del 1° maggio 2023, conservata agli atti, è stata comunicata l'avvenuta fusione per incorporazione tra le società denominate "Euten S.r.l." e "Labconsulenze S.r.l.", come da Atto di fusione registrato in Cosenza il 14 ottobre 2022 al n. 18469”*, si determinava:

- *“di prendere atto dell'avvenuta fusione tra le società denominate "Euten S.r.l." e "Labconsulenze S.r.l.”;*

- *“di dare atto che i rapporti giuridici conseguenti all'affidamento aggiudicato con Determinazione Dirigenziale 5737 del 15 luglio 2022 saranno portanti aventi dalla società derivante dalla fusione e più precisamente Labconsulenze S.r.l....”*

b) con nota del 28.6.2023, prot. 0350097.U., il Comune aveva comunicato *“ai sensi dell'art. 76 comma 5 lettera d) del d.lgs. 50/2016 e s.m.i., che in data 27/06/2023 è stato sottoscritto il contratto relativo all'affidamento di cui in oggetto con l'operatore economico aggiudicatario LABCONSULENZE S.R.L (a seguito di fusione per incorporazione della società EUTEN SRL aggiudicataria dell'appalto)”*

7.1. Parte appellante, ritenendo anche tale nota come comunicazione di una semplice presa d'atto, con il ricorso per motivi aggiunti in appello, diretto avverso la sentenza di *prime cure* che ha ritenuto legittimo il provvedimento di aggiudicazione già impugnato in primo grado, ha articolato tale ulteriore motivo:

VIII) Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. n. 50/2016 s.m.i.

LaBconsulenze, succeduta a Euten, in forza dell'avvenuta fusione per incorporazione, si era resa responsabile di un gravissimo illecito professionale nei confronti del Comune di Cosenza nella gestione del servizio di gestione

del procedimento sanzionatorio delle violazioni amministrative affidato al RTI di cui la stessa era mandataria, per cui nei suoi confronti era stata applicata dal Comune di Cosenza la penale contrattuale, con segnalazione dell'illecito commesso tanto alla Corte dei Conti che all'Anac, che aveva disposto la correlativa trascrizione nel casellario informatico dalla stessa tenuto.

Pertanto, in tesi di parte appellante, il Comune di Milano avrebbe dovuto procedere all'esclusione di LaBconsulenze, con ogni provvedimento conseguente, anche in ordine all'aggiudicazione disposta a favore dell'incorporata Euten, in ragione del disposto di cui all'art. 80, commi 3 e 5, lett. c), d.lgs. 50/2016, sussistendo a carico di LaBconsulenze un grave illecito professionale.

8. In vista dell'udienza di discussione le parti hanno prodotto articolate memorie difensive, ex art. 73 comma 1 c.p.a..

9. In particolare LaBconsulenze con la memoria diretta ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti proposto nel presente grado di appello da Safety, evidenziando la non conformità dello stesso al disposto dell'art. 104, comma 3, c.p.a., sulla base del rilievo che le censure prospettate con detti motivi aggiunti in appello non trarrebbero origine da documenti non prodotti dalle altre parti nel giudizio di primo grado, né sarebbero volti a contestare gli atti già impugnati in *prime cure*, essendo invece diretti a censurare un atto nuovo, adottato successivamente alla pubblicazione della sentenza del Tar oggetto del presente giudizio di secondo grado. Ha inoltre eccepito l'improcedibilità dell'odierno giudizio di appello, sulla base del rilievo che la determinazione dirigenziale n. 3595/2023, erroneamente impugnata con ricorso per motivi aggiunti in appello, anziché con ricorso autonomo, intervenuta prima della conclusione del procedimento di gara avutasi con la stipulazione del contratto di appalto in data 27 giugno 2023, avesse assorbito e sostituito la precedente determinazione dirigenziale n. 5737/2022, recante l'aggiudicazione in favore di Euten, impugnata con l'originario ricorso di primo grado, non venendo in rilievo un mero atto confermativo della

precedente aggiudicazione. In ogni caso ha insistito nel merito per il rigetto di tali motivi.

10. Anche il Comune di Milano ha eccepito inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti, in grado di appello, evidenziando peraltro che gli atti con essi impugnati erano stati oggetto di ricorso anche innanzi al Tar Lombardia per le medesime ragioni.

11. Safety ha replicato alle avverse eccezioni con la memoria depositata in data 23 settembre 2021, evidenziando come in realtà fosse stato sottaciuta nel corso del giudizio di *prime cure* l'avvenuta incorporazione per fusione di Euten in LaBoconsulenze e come gli atti sopravvenuti non avessero affatto un contenuto provvedimentale, necessitante di automa impugnazione in *prime cure*, peraltro comunque proposta in via tuzioristica.

12. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 5 ottobre 2023.

DIRITTO

13. In *limine litis* vanno deliberate le eccezioni di inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti in appello sollevata da Labconsulenze e dal Comune di Milano e quella di improcedibilità del presente giudizio formulate da LaBconsulenze, principiando in ordine logico da quella di inammissibilità.

13.1. Ed invero secondo quanto affermato dal Consiglio di Stato, nella sua più autorevole composizione (Ad. Plen. n. 4 del 2011 e di recente ribadito da Ad. Plen. n. 9 del 2014), la norma positiva enucleabile dal combinato disposto degli artt. 76, co. 4, c.p.a. e 276, co. 2, c.p.c., impone di risolvere le questioni processuali e di merito secondo l'ordine logico loro proprio, assumendo come prioritaria la definizione di quelle di rito rispetto a quelle di merito, e fra le prime la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali (nell'ordine, giurisdizione, competenza, capacità delle parti, *ius postulandi*, ricevibilità, contraddittorio, estinzione), rispetto alle condizioni dell'azione (tale fondamentale canone processuale è stato ribadito da Ad. Plen. n. 10 del 2011).

13.2. L'eccezione è fondata alla luce di quanto di seguito specificato.

13.2.1. E' noto che ai sensi dell'art. 104, comma 3, c.p.a., nel giudizio di appello possono essere proposti motivi aggiunti qualora la parte ricorrente venga a conoscenza di nuovi documenti, dopo la conclusione del primo grado di giudizio, e da detti documenti emergano vizi degli atti già impugnati, senza che gli stessi siano stati prodotti dalle altre parti nel giudizio di primo grado (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 17 luglio 2023, n. 6933; Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd., 4 ottobre 2022, n. 996).

Da tale disposto normativo è dato agevolmente inferire che la proposizione di motivi aggiunti è consentita nei limiti in cui essi siano proposti avverso i medesimi atti già impugnati *in prime cure*. Questo Consiglio ha avuto modo a sua volta di osservare che "*ai sensi dell'art. 104, co. 3 del d.lgs. n. 104 del 2010 le parti possono proporre motivi aggiunti in grado d'appello al solo fine di dedurre ulteriori vizi degli atti già censurati in primo grado, dovendo rilevarsi come non ci si trovi in tale evenienza nell'ipotesi in cui con essi si intenda impugnare nuovi atti sopravvenuti alla sentenza di prime cure*" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2020, n. 2792; id., sez. VI, 2 gennaio 2018, n. 21).

La norma *de qua* ha pertanto codificato il pregresso orientamento giurisprudenziale che ammette i motivi aggiunti in grado d'appello al solo fine di dedurre vizi ulteriori degli atti già censurati in primo grado, e non anche nella diversa ipotesi in cui con essi s'intenda impugnare nuovi atti sopravvenuti alla sentenza di primo grado (cfr. Consiglio di Stato sez. VI 2 gennaio 2018, n. 21).

La norma, costituendo un'eccezione alla regola del divieto dei *nova* nel giudizio di secondo grado, non si presta ad una lettura estensiva, che peraltro finirebbe per sovvertirne la stessa formulazione posta dal legislatore in termini inequivocabilmente negativi. Inoltre l'impugnazione dei nuovi atti sopravvenuti per la prima volta e direttamente in sede di appello violerebbe il principio del doppio grado di giudizio (Cons. Stato, sez. IV, 16 giugno 2011 n. 3662).

13.2.2. L'appellante, a fronte dell'eccezione mossa dalle controparti, assume che ricorrerebbero i presupposti per l'applicabilità della norma *de qua*, avendo Euten omesso di depositare in *prime cure* l'atto di fusione per incorporazione in LaBconsulenze, che avrebbe determinato un ulteriore profilo di illegittimità del provvedimento di aggiudicazione già oggetto di impugnazione, avendo gli atti indicati nel ricorso per motivi aggiunti in appello valenza non provvedimento, ma di mera presa atto dell'avvenuta fusione.

13.2.3. Detta prospettazione, per quanto suggestiva, non può essere condivisa. Ed invero il provvedimento di aggiudicazione oggetto di impugnativa *in prime cure* sia a mezzo del ricorso introduttivo che a mezzo del ricorso per motivi aggiunti è la determinazione del dirigente dell'Area Gare Beni e Servizi del Comune di Milano, n. 5737 del 15 luglio 2022, laddove l'atto di fusione di cui parte appellante lamenta l'omesso deposito *in prime cure* è ad essa sopravvenuta, risalendo al 7 ottobre 2022 ed essendo stato registrato in Cosenza il successivo 14 ottobre 2022 al n. 18469; l'atto di fusione in quanto successivo al provvedimento di aggiudicazione, giammai potrebbe pertanto avere riflessi sulla legittimità di quest'ultimo, da valutarsi avuto riguardo alla situazione di fatto e di diritto esistente al momento della sua adozione.

L'atto di fusione, di cui parte appellante lamenta l'omesso deposito, costituisce infatti il solo presupposto delle successive determinazioni indicate nel ricorso per motivi aggiunti in appello, che nel loro complesso, sostanziandosi in una riaggiudicazione in favore di LaBconsulenze, soggetto distinto succeduto ad Euten a seguito dell'incorporazione, assumono valenza provvedimento, trattandosi di atti intervenuti nella fase pubblicistica anteriore alla stipula del contratto di appalto.

Non rileva pertanto, avuto riguardo a tale ultimo profilo e alla ricostruzione complessiva della fattispecie in termini di riaggiudicazione in favore del soggetto incorporante LabConsulenze, la circostanza che la determinazione dirigenziale n. 3595/2023 faccia riferimento ad una mera presa atto dell'avvenuta fusione e che con nota del 28.6.2023, prot. 0350097.U., il

Comune abbia semplicemente comunicato “*ai sensi dell’art. 76 comma 5 lettera d) del D. Lgs. 50/2016 e s.m.i., che in data 27/06/2023 è stato sottoscritto il contratto relativo all’affidamento di cui in oggetto con l’operatore economico aggiudicatario LABCONSULENZE S.R.L (a seguito di fusione per incorporazione della società EUTEN SRL aggiudicataria dell’appalto)*”; ciò tanto più che detta stipula è stata preceduta non solo dalla necessaria verifica antimafia nei confronti del distinto soggetto LaBconsulenze ma anche dalla richiesta di chiarimenti a LaBconsulenze in ordine all’indicata iscrizione nel casellario informatico Anac nonché di informazioni da parte del Comune di Cosenza (cfr all. n. 3 e ss. della produzione in appello del Comune di Milano). Solo all’esito di detti controlli si è pertanto proceduto alla stipula del contratto di appalto.

13.3. Per le indicate ragioni pertanto i motivi aggiunti presentati nel presente grado di appello vanno ritenuti inammissibili, non essendo gli atti sopravvenuti in grado di integrare un vizio del provvedimento di aggiudicazione oggetto di impugnativa *in prime cure, sub specie* di illegittimità sopravvenuta, e non essendovi ragione per derogare al principio del doppio grado di giudizio in relazione a detta impugnativa che, secondo quanto dedotto sia da Safety che dal Comune di Milano, risulta essere stata ritualmente proposta anche innanzi al Tar lombardo.

Pertanto la cognizione delle censure dedotte nel il ricorso per motivi aggiunti in appello non potrà che essere delibata nella rituale sede processuale, ovvero innanzi al giudice di *prime cure*.

14. Deve per contro essere disattesa l’eccezione di improcedibilità dell’odierno giudizio, avanzata da LaBoconsulenze, fondata sul rilievo che gli atti di presa d’atto dell’aggiudicazione in favore del soggetto incorporante, che si sostanzierebbero in una riaggiudicazione, non sarebbero stati oggetto di rituale impugnativa *in prime cure*, trattandosi di profilo sconfessato non solo da Safety ma dallo stesso Comune di Milano.

14.1. Né si può ritenere, alla luce di quanto innanzi rappresentato, circa la riaggiudicazione (implicita) in favore di LaBconsulenze, che l’interesse al

ricorso debba intendersi completamente traslato avverso le note di presa d'atto e di comunicazione, oggetto di impugnativa innanzi al Tar Lombardia, posto che, ferma la necessità che sui vizi denunciati con il ricorso per motivi aggiunti in appello – afferenti i requisiti di partecipazione di ordine generale del soggetto incorporante - si pronunci il giudice di *prime cure*, l'eventuale illegittimità del provvedimento di aggiudicazione in favore di Euten, oggetto dell'odierno giudizio, non potrebbe che determinare comunque in via automatica la caducazione della riaggiudicazione in favore del soggetto incorporante LaBconsulenze.

14.2. Può pertanto applicarsi alla fattispecie *de qua* la giurisprudenza in materia secondo la quale, pur in presenza di vizi accertati dell'atto presupposto, deve distinguersi tra invalidità a effetto caducante e invalidità a effetto viziante, nel senso che nel primo caso l'annullamento dell'atto presupposto si estende automaticamente all'atto consequenziale, anche quando questo non sia stato impugnato, mentre nel secondo caso l'atto consequenziale è affetto solo da illegittimità derivata, e pertanto resta efficace ove non impugnato nel termine di rito. La prima ipotesi, quella appunto dell'effetto caducante, ricorre nella sola evenienza in cui l'atto successivo venga a porsi nell'ambito della medesima sequenza procedimentale a guisa di inevitabile conseguenza dell'atto anteriore, il che comporta, dunque, la necessità di verificare l'intensità del rapporto di consequenzialità tra l'atto presupposto e l'atto successivo, con riconoscimento dell'effetto caducante solo qualora tale rapporto sia immediato, diretto e necessario, nel senso che l'atto successivo si ponga, nell'ambito dello stesso contesto procedimentale, come conseguenza ineluttabile rispetto all'atto precedente, senza necessità di nuove valutazioni di interessi (cfr., tra le tante: Cons. Stato, V, 26 maggio 2015, n. 2611 e 20 gennaio 2015, n. 163; IV, 6 dicembre 2013, n. 5813, 13 giugno 2013, n. 3272 e 24 maggio 2013, n. 2823; VI, 27 novembre 2012, n. 5986 e 5 settembre 2011, n. 4998; V, 25 novembre 2010, n. 8243).

Detto rapporto di presupposizione è invero ravvisabile tra l'atto presupposto – aggiudicazione in favore del soggetto incorporato Euten – e l'atto consequenziale – riaggiudicazione a favore del soggetto incorporante LaBconsulenze, nella parte in cui quest'ultimo presuppone l'esistenza e la validità del primo - non oggetto di successivo ed autonomo vaglio - ferma restando per contro la necessità di autonoma impugnativa della riaggiudicazione per i profili afferenti esclusivamente ai requisiti di partecipazione del soggetto incorporante LaBconsulenze, nei termini suindicati, in quanto non suscettibili di retroagire sul primo atto, determinandone una sorta di illegittimità sopravvenuta.

14.3. Pertanto, applicando tali coordinate ermeneutiche nei termini suesposti, si ravvisa l'indicato vincolo di presupposizione, in grado di comportare, in ipotesi di annullamento del provvedimento oggetto del presente contenzioso, da qualificarsi quale atto presupposto, un effetto caducante automatico dell'atto consequenziale, ovvero dell'implicita riaggiudicazione in favore del soggetto incorporante LaBconsulenze, per la parte avente ad oggetto la previa aggiudicazione in favore di Euten (atto presupposto).

15. Venendo alla disamina dei motivi di appello il collegio ritiene possa principiarsi in ordine logico della disamina del settimo motivo, sia in considerazione dell'eccezione di rito di irricevibilità al riguardo sollevata da LaBconsulenze, sia in considerazione del rilievo che esso afferisce in maniera distinta all'impugnativa dell'ordinanza collegiale n. 57/2023, resa dal primo giudice in corso di causa e relativa al ricorso ex art. 116 comma 2 c.p.a..

15.1. L'eccezione di irricevibilità è fondata, in quanto l'ordinanza *de qua* è stata pronunciata in data 3 gennaio 2023 mentre l'appello è stato notificato solo in data 15 maggio 2023, ben oltre il termine di rito per la sua impugnativa.

15.1.1. Al riguardo, va richiamata la recente sentenza dell'Adunanza plenaria n. 4 del 24 gennaio 2023, là dove ha riconosciuto l'immediata appellabilità delle ordinanze di cui al precitato articolo 116, comma 2, c.p.a., stante la loro natura decisoria.

Ebbene, proprio in ragione di tale carattere precettivo, deve ritenersi applicabile - anche alle ordinanze in questione - il principio giurisprudenziale secondo il quale qualora il giudice, sebbene con provvedimento avente la veste formale dell'ordinanza, abbia deciso, senza definire il giudizio, una o più delle questioni di cui all'articolo 279 c.p.c., a detto provvedimento va riconosciuta natura di sentenza non definitiva, con l'ulteriore conseguenza che avverso lo stesso deve essere proposta impugnazione immediata o formulata riserva d'impugnazione, in mancanza delle quali la decisione adottata acquista efficacia di giudicato interno (cfr. Cass. civ., sez. un., 28 ottobre 2022, n. 32026).

In altri termini, sulla scorta di quanto chiarito dalla indicata giurisprudenza che ha escluso il carattere meramente istruttorio di dette ordinanze, non sussumibili perciò nel primo comma dell'articolo 279 c.p.c., perché volte a definire una questione, la decisione *de qua* ricade dunque nella previsione dell'articolo 279, secondo comma, n. 4), c.p.c.

Ne discende, pertanto, che la società Safety avrebbe dovuto o immediatamente impugnare tale ordinanza reiettiva ovvero formulare riserva di appello ex articolo 340 c.p.c. (norma senza dubbio applicabile al processo amministrativo giusta il rinvio esterno di cui all'articolo 39 c.p.a.): non avendo in tal senso provveduto, non appare certamente possibile, in sede di appello, tornare a instare per l'accesso, censurando le contrarie statuizioni cui in *illo tempore* giudice di *prime cure* è pervenuto.

16. Sempre in ordine logico ed in quanto strettamente connesso al settimo motivo, può delibarsi il sesto motivo di appello, con cui la Safety afferma che, a prescindere dall'illegittimità dell'ordinanza che ha rigettato il ricorso ex art. 116 comma 2 c.p.a., il Comune aveva comunque l'obbligo di depositare in giudizio tutti gli atti e i documenti di cui all'art. 46 c.p.a. in forma integrale, con la conseguente illegittimità della statuizione di *prime cure*, che non aveva ordinato l'esibizione di tutta la documentazione in forma non omissata.

16.1. Il motivo è inammissibile, in quanto a fronte di un provvedimento della stazione appaltante che abbia sia pure parzialmente rigettato la richiesta di accesso ai documenti di gara, avuto riguardo alla richiesta di oscuramento avanzata dal controinteressato in ragione dell'opposizione di segreti tecnici e/o commerciali, ed a fronte pertanto del mancato deposito nell'ambito del giudizio da parte della stazione appaltante della richiesta documentazione in forma non omissata, l'unica forma di tutela concessa al soggetto istante è la presentazione di un ricorso ex art. 116 c.p.a., anche *sub specie* di impugnativa in corso di causa, ai sensi del comma 2, non potendosi eludere l'onere di immediata impugnativa del provvedimento reiettivo, nei termini indicati dall'indicato disposto normativo, con la presentazione di un'istanza istruttoria – peraltro non formalmente richiesta dalla parte - neppure *sub specie* di istanza di esibizione ai sensi del combinato disposto degli artt. 65 comma 3 e 46 comma 2 c.p.a..

Ed invero, come evidenziato dalla citata sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2023, con richiamo ad altro precedente, il codice del processo amministrativo ha disciplinato distintamente la fase dell'istruttoria e l'istanza di accesso in corso del giudizio, con la conseguenza che non si possono sovrapporre gli istituti in esame (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., n. 19 del 2020).

Di tale distinzione peraltro è consapevole anche l'odierna appellante che con il ricorso di *prime cure* ha richiesto al primo giudice ex art. 116 comma 2 c.p.a. di ordinarne al Comune di consentire l'accesso mediante estrazione di copia di tutti i documenti richiesti con istanza del 22.7.2022 “*previo annullamento, se ed in quanto necessario, della nota prot. 10/08/2022.0431369. U. (doc. 18), avente ad oggetto “Appalto n. 9/2021 - C.I.G. 8728895008. Affidamento del servizio di notifiche di verbali di contestazione a cittadini residenti all'estero. Accesso agli atti – Comunicazione all'istante” e della precedente nota prot. 26.07.2022.0406085.U, (doc. 16)*”.

17. Delibate le censure afferenti l'accesso ai richiesti documenti, consentita in forma integrale dalla stazione appaltante nella sola visione, senza estrazione di copia delle parti sulle quali la controinteressata Euten ha opposto il segreto tecnico e commerciale, può essere esaminato il primo motivo di appello, con cui Safety lamenta che erroneamente il primo giudice aveva ritenuto infondato il secondo motivo di ricorso, con cui si è dedotta la nullità per genericità del contratto di avvalimento stipulato da Euten con Ser.Com S.r.l. ai fini della comprova del requisito di cui all'art. 7.3, lett. a), del disciplinare di Gara, ossia *“Esecuzione con buon esito di contratti aventi ad oggetto prestazioni riconducibili a quelle oggetto di gara nel triennio precedente alla data di pubblicazione del bando di gara (Maggio 2018 - Aprile 2021) per enti pubblici o soggetti privati per un valore complessivo con esclusione dell’IVA almeno pari a € 1.140.000,00, con indicazione dei rispettivi importi e date”*, in violazione non solo del disposto dell'art. 89 del d.lgs. 50 del 2016 ma anche dell'art. 8 del disciplinare di gara secondo il quale, *“ai sensi dell’art. 89, comma 1, del Codice, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall’ausiliaria (es. sia numero e qualifica delle risorse umane che numero e tipologia dei macchinari)”* e *“La mancata indicazione dei requisiti e delle risorse messi a disposizione dall’impresa ausiliaria non è sanabile in quanto causa di nullità del contratto di avvalimento”*.

17.1. In tesi di parte appellante le risorse messe a disposizione, indicate nel contratto di avvalimento sarebbero assolutamente generiche, come del resto riscontrato in prima battuta dalla stazione appaltante che con nota del 22.11.2021 aveva contestato ad Euten detta genericità rappresentando che *“si fa presente che il contratto di avvalimento indica la messa a disposizione di personale specializzato senza indicare numeri e qualifiche delle professionalità messe a disposizione. Lo stesso contratto indica anche la messa a disposizione di hardware e software necessario senza indicare quantità e tipologie. Sotto questo profilo si rammenta che l’art. 89 comma 1 ultimo capoverso d.lgs. 50/2016 prevede che l’indicazione delle risorse messe a disposizione è prescritta a pena di nullità. Si rammenta altresì che il Disciplinare di Gara prevede consequenzialmente l’indicazione del dettaglio delle risorse umane e attrezzature,*

prescrizione la cui assenza comporta l'esclusione dalla gara senza possibilità di soccorso istruttorio. Sulle tematiche sopra riportate relative all'avvalimento potrete inviare vostre osservazioni e/o rilievi”.

17.2. Da ciò, secondo la prospettazione attorea, l'erroneità della statuizione di *prime cure* che, nel ritenere valido il contratto di avvalimento, non avrebbe idoneamente considerato l'esplicita previsione dell'art. 8 del disciplinare di gara che richiedeva, a pena di nullità, l'indicazione del numero e qualifica delle risorse umane e del numero e tipologia dei macchinari, non potendo condividersi l'assunto secondo il quale la cennata indicazione contenuta nel disciplinare di gara sia a titolo esemplificativo e non a pena di nullità.

17.3. Il motivo è infondato, dovendosi il disciplinare di gara interpretare in senso conforme alla previsione dell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 cui *expressis verbis* fa rinvio.

17.4. Non ignora il collegio che secondo orientamento ormai consolidato in giurisprudenza, a seconda che si tratti di avvalimento c.d. garanzia ovvero di avvalimento c.d. tecnico o operativo, diverso è il contenuto necessario del contratto concluso tra l'operatore economico concorrente e l'ausiliaria; in particolare, in caso di avvalimento c.d. tecnico operativo sussiste sempre l'esigenza della concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche, e specificamente indicate nel contratto, indispensabili per l'esecuzione dell'appalto che l'ausiliaria ponga a disposizione del concorrente (cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 ottobre 2021, n. 6619; V, 21 luglio 2021, n. 5485; V, 12 febbraio 2020, n. 1120 e le sentenze ivi richiamate; le ragioni alla base del predetto orientamento giurisprudenziale sono in Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giuris., 19 luglio 2021, n.722).

E' peraltro altrettanto noto il principio (*ex multis*, cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 luglio 2021, n. 5464; III, 4 gennaio 2021, n. 68, ma fissato dall'Adunanza plenaria nella sentenza del 14 novembre 2016, n. 23) secondo cui l'indagine in ordine agli elementi essenziali dell'avvalimento c.d. operativo deve essere svolta sulla base delle generali regole sull'ermeneutica contrattuale e in

particolare secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e secondo buona fede delle clausole contrattuali (artt. 1363 e 1367 cod. civ.).

17.5. Il contratto di avvalimento pertanto non deve quindi necessariamente spingersi, ad esempio, sino alla rigida quantificazione dei mezzi d'opera, all'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione ovvero alla indicazione numerica dello stesso personale. Tuttavia, l'assetto negoziale deve consentire quantomeno *"l'individuazione delle esatte funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione"* (Cons. Stato, sez. IV, 26 luglio 2017, n. 3682); deve cioè prevedere, da un lato, la messa a disposizione di personale qualificato, specificando se per la diretta esecuzione del servizio o per la formazione del personale dipendente dell'impresa ausiliata, dall'altro i criteri per la quantificazione delle risorse e/o dei mezzi forniti (cfr. Cons. Stato, sez. III, 30 giugno 2021, n. 4935 Cons. Stato Sez. V, Sent., 10 gennaio 2022, n. 169).

17.5.1. Inoltre questa Sezione ha altresì affermato il principio (Consiglio di Stato, sez. V. 22/02/2021 n. 1514) per cui *"L'elemento caratterizzante [l'avvalimento] non è limitato a un mero "prestito" formale di personale e/o di macchinari e/o di beni strumentali necessariamente, sganciato dalla relativa organizzazione aziendale [...] anche se il suo effetto – relativamente al rapporto di appalto - consiste nell'imputazione giuridica ed economica delle prestazioni che ne sono oggetto direttamente all'impresa concorrente, che, a tal fine, si avvale dell'ausiliaria"* (Cons. Stato, V, 16 marzo 2018, n. 1698) e che pertanto nel caso di ricorso all'istituto dell'avvalimento, è ben possibile *"che, nel singolo contratto, sia previsto, quando si tratti di c.d. avvalimento tecnico-operativo, l'impiego non di un singolo elemento della produzione, bensì dell'azienda intesa come complesso produttivo unitariamente considerato (o di un ramo di essa). Di questa l'ausiliaria non perde la detenzione, pur mettendola a disposizione, in tutto o in parte, per l'utilizzazione dell'ausiliata, secondo le previsioni del contratto di avvalimento, approvate dalla stazione appaltante"*.

18. Alla stregua delle indicate coordinate ermeneutiche pertanto corretta appare la statuizione di *prime cure* che ha ritenuto che il contratto di avvalimento in contestazione non fosse nullo, essendo le risorse messe a disposizione comunque determinabili.

18.1. Dalla clausola n. 1 del contratto di avvalimento stipulato in data 13 giugno 2021 emerge infatti che l'organizzazione aziendale della Ser.Com. s.r.l. è "*specificatamente dedicata*" all'esecuzione del servizio di notificazione dei verbali di contestazione delle violazioni amministrative ai cittadini residenti all'estero.

L'aver conseguentemente sancito all'art. 1 del contratto di avvalimento l'impegno da parte di Ser.Com di mettere a disposizione la sua complessa organizzazione aziendale, specificatamente dedicata, le proprie risorse e i mezzi necessari al completo espletamento del servizio in appalto, con riguardo ai requisiti di carattere tecnico-professionali di cui all'art. 7.3 lett. a) del Disciplinare, rende già di per sé agevole la determinazione compiuta del perimetro in cui il contratto stesso si concretizza (Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2018, n. 1698 cit.; Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2021, n. 1514).

18.2. Dall'indicazione delle risorse e dei mezzi sui quali la Euten s.r.l. potrà fare affidamento, contenuta nella clausola n. 3 del contratto di avvalimento, vale a dire il "*personale specializzato nella gestione dei procedimenti sanzionatori derivanti da violazioni alle norme del codice della strada destinate a soggetti residenti in Italia e all'estero*" e "*l'infrastruttura Hardware e Software necessaria alla gestione delle procedure sanzionatorie previste dal codice della strada*", "*Know-how e organizzazione: competenze tecniche e procedurali nella gestione dei procedimenti sanzionatori per violazioni alle norme del CDS e della altre norme amministrative e regolamentari*" risultano sufficientemente determinabili le prestazioni che l'impresa ausiliaria dovrà eseguire unitamente all'impresa concorrente, ove questa dovesse divenire l'aggiudicataria del servizio, le quali si sostanziano nella gestione delle procedure sanzionatorie con mezzi tecnicamente idonei e personale

competente, nonché nella messa a disposizione di tutta la propria organizzazione e del proprio *Know-how*.

18.3. Siffatta interpretazione del contratto di avvalimento è coerente con l'articolo 8 del disciplinare di gara, il quale, riproducendo il contenuto dell'articolo 89, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, ha indicato solo in via esemplificativa la specificazione dei dati numerici, qualitativi e merceologici dei mezzi e del personale, senza che l'omessa indicazione, in siffatti termini, possa *ex se* rilevare quale causa di nullità del contratto di avvalimento, ove le risorse messe a disposizione siano comunque determinabili, avuto riguardo all'interpretazione complessiva del contratto di avvalimento.

Ed invero la previsione dell'art. 8 del disciplinare di gara non può che essere interpretato in senso conforme alla norma dell'art. 89 del d.lgs. 50 del 2016, da leggersi alla stregua delle coordinate ermeneutiche tracciate dalla giurisprudenza ed in particolare alla luce dei principi di cui all'indicata sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 14 novembre 2016, n. 23, essendo altrimenti nulla per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, che assume valenza anche da un punto di vista ermeneutico.

18.4. Infatti, in presenza di clausole ambigue o di dubbio significato della *lex specialis* delle procedure di evidenza pubblica, in ossequio al principio del *favor participationis* - che sottende anche l'interesse pubblico al massimo dispiegarsi del confronto concorrenziale, inteso all'individuazione dell'offerta maggiormente vantaggiosa e conveniente per l'Amministrazione appaltante - deve privilegiarsi l'interpretazione che favorisca l'ammissione alla gara piuttosto che quella che la ostacoli (cfr. Cons. Stato, sez. V, 14.5.2018, n. 2852; in senso analogo Cons. giust. amm. Sicilia, 20/12/2010, n. 1515 secondo cui “*In caso di clausole equivoche o di dubbio significato, debba preferirsi l'interpretazione che favorisca la massima partecipazione alla gara piuttosto che quella dalla quale derivino ostacoli, e sia meno favorevole alle formalità inutili; ciò anche al fine di ottenere le prestazioni richieste ad un prezzo quanto più vantaggioso, in termini qualitativi e*

quantitativi, per l'amministrazione”). Inoltre, le clausole ambigue del bando di gara vanno interpretate anche in coerenza con le previsioni del codice dei contratti pubblici, a partire dal principio di tassatività delle cause di esclusione, con conseguente nullità degli atti adottati in contrasto con lo stesso.

18.5. Da ciò, come detto, la correttezza della statuizione di *prime cure* che peraltro, in coerenza con il dato letterale della previsione dell'art. 8 disciplinare (*ad es.*) ha ritenuto che l'indicazione del numero e qualifica delle risorse umane e del numero e tipologia dei macchinari fosse meramente esemplificativa, rilevando, stante il rinvio operato da tale previsione all'art. 89 del codice dei contratti pubblici, la determinabilità delle risorse messe a disposizione, come ritenuto dalla giurisprudenza in materia.

18.6. La stessa stazione appaltante, a seguito delle note trasmesse da Euten in esito alla richiesta di chiarimenti, ha ritenuto che il contratto di avvalimento non fosse nullo, ammettendola finanche a dimostrare il possesso della capacità tecnica in proprio (*ad abundantiam*) peraltro superflua, stante la validità del contratto di avvalimento.

In seguito a tali verifiche la stazione appaltante ha infatti ritenuto che “*La documentazione amministrativa del concorrente EUTEN SRL è risultata, a seguito di esame da parte degli Uffici, visti i chiarimenti e completamenti documentali inviati, regolare*” (cfr. verbale di gara n. 3 del 15 luglio 2022, doc. 8.5 produzione di *prime cure* del Comune di Milano, pag. 3).

Con specifico riferimento al contratto di avvalimento, a fronte della richiesta di chiarimenti e completamenti documentali del 22 novembre 2021, Euten ha infatti risposto con le proprie osservazioni del 28 novembre 2021, evidenziando che dal contratto di avvalimento emerge chiaramente la volontà dell'impresa ausiliaria Ser.Com S.r.l. di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata “... *la sua complessiva organizzazione aziendale specificatamente dedicata, le proprie risorse e i mezzi necessari al completo espletamento del servizio in appalto ...*” (cfr. art. 1 del contratto di avvalimento cit.).

Euten ha altresì richiamato alcune sentenze di questo Consiglio di Stato relativamente alla problematica *de qua* tra cui in particolare la sentenza di questa V sez., 1514 del 2021 cit., secondo cui “*Il contratto di avvalimento non deve ... necessariamente spingersi, ad esempio, sino alla rigida quantificazione dei mezzi d'opera, all'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione ovvero alla indicazione numerica dello stesso personale*”.

19. Stante la correttezza *in parte qua* della statuizione di *prime cure*, va del pari rigettato il secondo motivo di appello con cui Safety censura i capi della sentenza che avevano conseguentemente dichiarato improcedibili, per sopravvenuta carenza di interesse, sia la censura contenuta nel terzo motivo del ricorso introduttivo, con cui si deduceva l'inammissibilità del soccorso istruttorio, escluso dall'articolo 8 del disciplinare di gara in caso di nullità del contratto di avvalimento, sia la censura articolata in tale motivo e nel sesto motivo del ricorso per motivi aggiunti, con la quale la società ricorrente ha contestato, stante l'asserita nullità del contratto di avvalimento, il possesso del requisito di capacità tecnica e professionale di cui all'articolo 7.3, lettera a), del disciplinare di gara, in capo alla Euten in proprio, allegato all'esito della richiesta di chiarimenti da parte della stazione appaltante.

19.1. Ciò in disparte, ad avviso del collegio, dal rilievo di irricevibilità di tutti i motivi contenuti nel ricorso per motivi aggiunti, alla stregua di quanto di seguito specificato nella disamina del quarto e quinto motivo di appello.

20. Con il terzo motivo di appello Safety lamenta l'erroneità della sentenza di *prime cure* nella parte in cui aveva rigettato il quinto motivo del ricorso introduttivo con cui era stato dedotto che “*Poste Vaticane non è un operatore postale in possesso della necessaria licenza individuale del MISE e né di quella speciale come si evince dalle liste degli operatori consultabili sul sito dello stesso ministero*

<https://www.mise.gov.it/index.php/it/comunicazioni/postale/area-operatori-postali>”

sulla base del rilievo che il primo giudice non aveva esattamente compreso il significato della censura essendo stato dedotto il mancato possesso sia della “licenza individuale” per lo svolgimento del servizio postale che della “licenza

individuale speciale” per la notifica delle sanzioni per la violazione del Codice della Strada, mentre il Tar aveva esaminato solo quest’ultimo profilo.

In tesi di parte appellante il fatto che i richiamati articoli 14 e 16 del Regolamento (CE) 1939/2007 e la circolare del Ministero dell’interno del 20 aprile 2022 prevedano che la notifica degli atti giudiziari ed extragiudiziari alle persone residenti negli altri Stati membri “*direttamente tramite i servizi postali*” non esclude che il soggetto postalizzatore debba essere abilitato ad effettuare i “servizi postali”; ciò anche in considerazione del rilievo che tali disposizioni si applicano unicamente alle notifiche ai cittadini residenti nei Paesi membri, mentre nel caso di specie, i trasgressori possono risiedere in Paesi terzi, come nel caso, assai frequente (attesa la vicinanza), dei cittadini svizzeri.

Inoltre, in tesi attorea, le disposizioni richiamate dal primo giudice si limitano a stabilire che la notifica avvenga attraverso la consegna e la spedizione da parte di un soggetto titolare del servizio postale che, nell’ordinamento nazionale, è il titolare del servizio postale universale (ossia Poste Italiane) o un diverso soggetto titolare della necessaria licenza individuale da parte dello Stato in cui svolge tale attività.

Diversamente da quanto erroneamente ritenuto dal Tar, alla luce della normativa in vigore, in tesi attorea, il fatto che la notifica all’estero possa avvenire attraverso il “servizio postale” non significa affatto che il soggetto postalizzatore in Italia possa essere privo della necessaria licenza.

Secondo parte appellante Poste Vaticane, svolgendo per Euten tutte le attività di cui all’art. 1, comma 2, lett. a) del d.lgs. 261 del 1999 con riferimento alla notifica all’estero dei verbali, doveva essere in possesso quanto meno della licenza individuale del quale invece è pacificamente priva.

In definitiva, l’indicazione di un soggetto postalizzatore carente dei necessari requisiti avrebbe dovuto condurre all’esclusione di Euten per carenza di un requisito essenziale previsto dalla legge.

20.1. La doglianza è infondata, dovendosi condividere la prospettazione della stazione appaltante che risulta corroborata anche dalla documentazione in atti.

20.2. Giova in primo luogo precisare che l'oggetto dell'appalto è *“l'affidamento del servizio di notifiche di verbali di contestazione a cittadini residenti all'estero”*, e che *“L'appaltatore si impegna a gestire la procedura nel rispetto delle normative italiane e di quelle in vigore nei singoli Paesi interessati [...]”* (cfr. artt. 1.3 e 1.4 del Capitolato Speciale d'Appalto).

L'art. 201 del d.lgs n. 285 del 1992 (Codice della Strada), al comma 3, dispone che *“Alla notificazione si provvede a mezzo degli organi indicati nell'art. 12, dei messi comunali o di un funzionario dell'amministrazione che ha accertato la violazione, con le modalità previste dal codice di procedura civile, ovvero a mezzo della posta, secondo le norme sulle notificazioni a mezzo del servizio postale [...]”*.

Come anche correttamente riportato nella Guida alle notifiche all'estero di atti amministrativi, edizione 2021, del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione internazionale (v. doc. 25 della produzione di *prime cure* del Comune di Milano), ai sensi dell'art. 11 della Convenzione di Strasburgo del 24.11.1977, riguardante la notificazione all'estero dei documenti in materia amministrativa, gli atti possono essere spediti ai soggetti destinatari a mezzo di raccomandata con ricevuta di ritorno.

Inoltre, la circolare del Ministero dell'Interno del 20.4.2022 (doc. 22 della produzione di *prime cure* del Comune di Milano), al punto 3.2 (pag. 8) richiama gli artt. 14 e 16 del Regolamento CE n. 1393/2007, dove viene indicata, come mezzo utile per la notificazione delle violazioni alle norme sulla circolazione, la raccomandata internazionale con ricevuta di ritorno.

20.3. Ciò posto, quanto alle licenze individuali speciali di cui al d.m. del MISE del 19 luglio 2018, necessarie per svolgere i servizi di notificazione a mezzo posta degli atti giudiziari e delle violazioni al Codice della Strada, va precisato che esse sono differenziate in licenze individuali speciali in ambito nazionale e in ambito regionale, in ragione dei limiti territoriali entro i quali il titolare è legittimato ad esercitare il servizio; più in particolare, le licenze risultano di quattro tipi, a seconda dei casi per atti giudiziari e/o contravvenzioni, in

ambito nazionale o regionale, mentre non risulta una tipologia per le notificazioni all'estero, per cui appare al riguardo corretta la statuizione di *prime cure*.

20.4. Peraltro anche la delibera AGCOM 77/18/Cons, di “*Approvazione del regolamento in materia di rilascio delle licenze per svolgere il servizio di notificazione a mezzo posta di atti giudiziari e comunicazioni connesse (legge 20 novembre 1982, n. 890) e di violazioni del codice della strada*” citata da Safety, di cui il Tar, in tesi di parte appellante, non avrebbe tenuto conto, si riferisce alle notifiche effettuate all'interno del territorio nazionale, come peraltro evincibile anche dalle Linee Guida di Anac e Agcom n. 16 del 13.4.2022, aventi ad oggetto proprio l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali, le quali precisano al punto 6.5. che “*Gli accordi sottoscritti dall'appaltatore con terzi per la gestione della corrispondenza internazionale non costituiscono subappalto, rappresentando l'unica modalità tecnicamente ipotizzabile per l'esecuzione delle prestazioni, in quanto le licenze e le autorizzazioni sono limitate al territorio nazionale*” (cfr. doc. 33 della produzione di *prime cure* del Comune di Milano).

Tale passaggio delle Linee Guida è peraltro riportato anche nel verbale della commissione giudicatrice n. 12 del 16.6.2022, relativo alla verifica di congruità delle offerte (cfr. doc.8.11 prodotto in *prime cure* da parte ricorrente, pag. 4, punto 10).

Di qui l'inconferenza del richiamo operato da parte appellante alla delibera AGCOM n. 77/18/CONS, la quale peraltro precisa che “*Le licenze individuali speciali di cui al comma 2 sono differenziate in licenze individuali speciali in ambito nazionale e in ambito regionale, in ragione dei limiti territoriali entro i quali il titolare è legittimato ad esercitare il servizio*”.

20.5. In ogni caso, come rilevato dal Comune di Milano, gli atti di gara non prevedono, per la partecipazione, il possesso in capo agli operatori economici concorrenti di particolari licenze per la notifica all'estero degli atti; fermo restando che, in forza del citato art. 1.4 CSA, “*L'appaltatore si impegna a gestire la procedura nel rispetto delle normative italiane e di quelle in vigore nei singoli Paesi*

interessati [...]”, sicché, tra l’altro, qualora una licenza (o qualsiasi tipologia di permesso o autorizzazione) risultasse necessaria, e a prescindere che essa vada rilasciata da Autorità estere e/o italiane, sarà comunque obbligo dell’appaltatore stesso acquisirla in tempo utile. Pertanto eventuali licenze e/o autorizzazioni, lungi dal costituire requisiti di partecipazione, possono semmai costituire requisiti di esecuzione.

21. Con il quarto motivo di appello Safety censura il capo della sentenza che ha dichiarato irricevibili i motivi aggiunti contenenti nuove censure (*“Con nota del 26 luglio 2022 il Comune di Milano ha comunicato alla Safety21 s.p.a. di aver inviato i verbali della Commissione di gara e di essere disponibile a consentire l’accesso integrale a tutta la documentazione presentata dalla Euten s.r.l. nella forma della sola visione, come previsto dell’articolo 23 del disciplinare di gara, accettato da tutti i concorrenti con la partecipazione alla procedura. Ai sensi dell’articolo 41, comma 2, del codice del processo amministrativo, il termine decadenziale per proporre l’azione di annullamento decorre dalla notificazione, dalla comunicazione o dalla piena conoscenza dell’atto impugnato. Pertanto, a decorrere dalla comunicazione dell’aggiudicazione, avvenuta in data 19 luglio 2022, e comunque, dall’espressa dichiarazione di disponibilità del Comune di Milano a consentire l’accesso integrale degli atti di gara mediante visione, comunicata in data 26 luglio 2022, la società ricorrente aveva la possibilità di effettuare un accesso pieno agli atti di gara. In tale momento deve essere individuato il dies a quo per l’impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, per tutti quei profili di censura specificati nel ricorso per motivi aggiunti. Pertanto la consegna, tra l’altro in forma parzialmente omissata, degli atti di gara alla società ricorrente, avvenuta in data 10 agosto 2022, non vale a rimetterla nei termini per la formulazione di tutte quelle censure che, sia pure in maniera generica, avrebbe potuto diligentemente effettuare, ove avesse tempestivamente esercitato la facoltà di accesso secondo le modalità contenute nell’articolo 23 del disciplinare di gara”*).

21.1. Lamenta al riguardo Safety che erroneamente il giudice di *prime cure* non avrebbe considerato come la nota comunicata a Safety in data 26 luglio 2022 non poteva essere considerata ai fini della decorrenza del termine per impugnare, essendo stata con essa consentita la sola visione dei documenti e

non anche l'estrazione di copia, e come l'art. 23 del disciplinare di gara dovesse considerarsi illegittimo, come dedotto nella contestuale impugnativa ex art. 116 comma 2 c.p.a..

21.1.1. Inoltre, secondo Safety, la disponibilità a concedere l'accesso mediante la sola presa visione e previo appuntamento non rientrerebbe in nessuna delle fattispecie idonee, secondo i noti principi enunciati dall'Adunanza Plenaria n. 12 del 2020, a fare decorrere il termine per l'impugnazione o la proposizione di motivi aggiunti.

La richiamata pronuncia dell'Adunanza Plenaria, nel caso di vizi che attengono al contenuto delle offerte presentate dai concorrenti, individua come (ultimativo) *dies ne ultra quem* il 45° giorno dalla pubblicazione (o comunicazione) della intervenuta aggiudicazione, nel caso di specie comunicata in data 19 luglio 2022 e quindi a decorrere dal 3 agosto 2023, con conseguente tempestività (tenuto conto della sospensione feriale dei termini) dei motivi aggiunti notificati il 27 settembre 2022.

21.1.2. Inoltre parte appellante lamenta la contraddizione in cui era caduto il Tar che, con ordinanza n. 57 del 2023 aveva riconosciuto che Safety, dopo aver effettuato l'accesso mediante visione, sarebbe già stata posta in grado di articolare specifici motivi di ricorso e, se del caso, di contestare l'apposizione degli *omissis* su quelle parti dell'offerta non meritevoli di oscuramento, in quanto non coperte da segreti industriali o commerciali, laddove per contro la conoscenza degli *omissis* si era avuto solo a seguito della trasmissione di copia dell'offerta tecnica avvenuta in data 10 agosto 2022.

21.1.3. Safety evidenzia in terzo luogo che, tenuto conto che la stazione appaltante con la nota del 26 luglio 2022 aveva comunicato che era in corso il procedimento di opposizione da parte di Euten, era assolutamente illogico ed irragionevole far decorrere il termine per l'impugnazione dal momento della possibilità di prendere visione delle parti segretate come previsto dall'art. 23 del disciplinare, atteso che, non essendo ancora intervenuta l'opposizione di Euten, non era possibile stabilire quali parti dovevano essere considerate

segretate, ben potendo accadere che Euten acconsentisse all'esibizione integrale della documentazione.

21.1.4. Deduce in quarto luogo che sarebbe palesemente ingiusto, costituendo una gravissima violazione del diritto alla tutela giurisdizionale e del diritto di difesa, far decorrere il termine dal 26 luglio 2022, tenuto conto che la nota del Comune prevedeva che *“per procedere fin da ora alla sola visione della documentazione presentata dall'operatore controinteressato è necessario richiedere un appuntamento, contattando lo scrivente Ufficio anche nei prossimi giorni”*.

21.1.5. Safety lamenta infine ulteriore contraddizione rispetto all'ordinanza n. 57 del 2003, nella quale si riconosceva che, in ragione della mole dei documenti, era necessaria *“una pluralità di appuntamenti per effettuare l'accesso mediante visione”*, salvo poi far decorrere il termine addirittura dalla nota del 26 luglio 2022, in cui semplicemente si dava atto della disponibilità a far effettuare l'accesso mediante presa visione.

Ammesso e concesso che Safety avesse dovuto prendere appuntamento il giorno successivo e il Comune avesse fissato l'appuntamento il giorno dopo la richiesta e che fosse possibile esaminare tutta la documentazione presentata da Euten in un unico giorno, a tutto voler concedere, il termine non poteva certamente decorrere prima del 28 luglio 2022, con conseguente tempestività (tenuto conto della sospensione feriale dei termini) dei motivi aggiunti notificati il 27 settembre 2022.

21.2. Il motivo, così variamente articolato, è infondato dovendosi confermare la sentenza di *prime cure*, sia pure integrandone la motivazione.

Infatti, secondo la giurisprudenza l'eventuale vizio motivazionale della sentenza di *prime cure* non dà luogo a invalidità, né perciò a rinvio ex art. 105, comma 1, cod. proc. amm., ed è superato di per sé dall'effetto devolutivo dell'appello, che comporta l'esame nel merito delle questioni controverse da parte del giudice dell'impugnazione nella misura in cui devolute dalle parti in ragione delle critiche (anche motivazionali) rivolte alla sentenza (Cons. Stato,

sez. V, 26 aprile 2021, n. 3308; 17 gennaio 2020, n. 430; 13 febbraio 2017, n. 609).

21.3. Dagli atti di causa risulta infatti che:

a) la stazione appaltante comunicava a Safety l'avvenuta aggiudicazione in data 19 luglio 2022;

b) Safety richiedeva l'accesso agli atti il 22 luglio 2022;

c) la stazione appaltante, in riscontro a detta istanza, comunicava, con la nota del 26 luglio 2022 di dover instaurare il contraddittorio con la controinteressata Euten relativamente alle parti della sua documentazione su cui richiedeva l'oscuramento quanto alla richiesta di estrazione di copia, ferma restando la possibilità per Safety di accedere da subito, previa richiesta di appuntamento, a tutta la documentazione di gara nella forma della sola visione, in applicazione del disposto dell'art. 23 del disciplinare di gara;

d) in data 10 agosto 2022 la stazione appaltante trasmetteva l'offerta tecnica e i giustificativi resi nel corso del procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta con le parti omissate su cui Euten aveva opposto segreti tecnici e/o commerciali;

e) Safety, a fronte di tali comunicazioni, solo con la nota del 19 settembre 2022 si risolveva a chiedere appuntamento per accedere alla visione della restante documentazione di gara, sulla base del rilievo che *“il Disciplinare di gara prevede al punto 23 la possibilità avere accesso alla integrale documentazione richiesta nella forma della SOLA VISIONE previo appuntamento”*.

21.3.1. Pertanto il Comune di Milano ha tempestivamente consentito a Safety il richiesto accesso agli atti in modalità di visione, nelle more del contraddittorio con la controinteressata, volto all'opposizione di segreti tecnici e/o commerciali, in osservanza della previsione dell'art. 23 del disciplinare di gara, cui Safety nel corso del procedimento ha prestato acquiescenza e la cui contestazione contenuta nel ricorso di *prime cure* è stata dal Tar disattesa con l'ordinanza ex art. 116 comma 2 c.p.a. n. 57 del 2023, ormai coperta da

giudicato, secondo quanto precisato nella disamina del settimo motivo di appello.

Per contro Safety, dopo aver accettato la regola della sola visione per i documenti riservati e dopo aver chiesto, a seguito della comunicazione dell'aggiudicazione in data 19 luglio 2022, accesso agli atti il successivo 22 luglio, a fronte della risposta della stazione appaltante che ha concesso l'accesso nell'immediato, nella sola forma della visione, con nota del 26 luglio 2022, previa richiesta di appuntamento, nonché a fronte della trasmissione di parte della documentazione afferente la controinteressata in data 10 agosto 2022, solo con la nota del 19 settembre 2022 si è risolta a chiedere detto appuntamento.

21.4. Ciò posto, le doglianze formulate da Safety devono essere disattese alla luce dei principi formulati nella sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 12 del 2020 che vanno peraltro coordinati con la previsione dell'art. 23 del disciplinare di gara, non più contestabile, stante il giudicato formatosi sull'ordinanza n. 57 del 2023.

21.4.1. Come chiarito anche di recente da questa Sezione (sent. 20 marzo 2023 n. 2796), con sentenza n. 12 del 2020 l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato ha affrontato e risolto la questione della decorrenza del termine d'impugnazione degli atti delle procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici, e ha valorizzato al riguardo l'individuazione di momenti diversi di possibile conoscenza degli atti di gara, ad ognuno dei quali corrispondono precise condizioni affinché possa aversi decorrenza del termine d'impugnazione dell'aggiudicazione; il tutto nella cornice della considerazione, di carattere generale, per la quale l'individuazione della decorrenza del termine per ricorrere "*continua a dipendere dal rispetto delle disposizioni sulle formalità inerenti alla "informazione" e alla "pubblicizzazione" 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 "secondo codice"*" applicabile per identità di *ratio* anche all'accesso informale

(Cons. Stato, Ad. plen., 2 luglio 2020, n. 12, 27; cfr. al riguardo, anche per la disamina della tassonomia elaborata in relazione ai diversi casi ipotizzabili, Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2022, n. 2525; V, 16 aprile 2021, n. 3127; 19 gennaio 2021, n. 575).

Per quanto qui di rilievo, l'Adunanza plenaria ha chiarito che la proposizione dell'istanza d'accesso agli atti di gara comporta una "*dilazione temporale*" del termine per ricorrere "*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*" (cfr. Cons. Stato, Ad. plen. n. 12 del 2020, cit., sub 32; cfr. al riguardo anche Id., III, 27 ottobre 2021, n. 7178, che esclude dilazioni temporali nel caso in cui il vizio risulti già percepibile a prescindere dall'acquisizione di ulteriore documentazione).

L'entità della suddetta dilazione temporale è determinata dalla stessa Adunanza plenaria nella misura di 15 giorni, termine previsto dal vigente art. 76, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 per la comunicazione delle ragioni dell'aggiudicazione su istanza dell'interessato (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., n. 12 del 2020, cit., sub 19, richiamato dal 22): il che vale a dire che il termine per proporre ricorso, fermo il *dies a quo* (coincidente, per fattispecie quali quella in esame, con la data di comunicazione del provvedimento d'aggiudicazione ex art. 120, comma 5, cod. proc. amm.), viene incrementato nella misura di 15 giorni, così pervenendo a un'estensione complessiva pari a 45 giorni (Cons. Stato, Ad. plen., n. 12 del 2020, cit., spec. sub 19, che richiama il 14; Cons. Stato, n. 3127 del 2021, cit).

Presupposto per l'applicazione della dilazione temporale è a sua volta (oltreché la natura del vizio da far valere, il quale non deve essere evincibile se non all'esito dell'acquisizione documentale) la tempestività dell'istanza d'accesso, avanzata cioè entro 15 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione (cfr. ancora Cons. Stato, Ad. plen., n. 12 del 2020, 27; cfr. anche Corte cost., 28 ottobre 2021, n. 204, ove si correla espressamente "la dilazione temporale" all'esercizio dell'accesso "*nei quindici giorni previsti*

attualmente dall'art. 76 del vigente 'secondo' cod. dei contratti pubblici"; cfr. ancora Cons. Stato, V, 29 novembre 2022, n. 10470).

In tale contesto, a fronte del descritto regime di ordine generale ed a fronte della tempestività della richiesta di accesso nei termini suindicati trova applicazione un diverso (nuovo) termine *"qualora l'Amministrazione aggiudicatrice rifiuti l'accesso o impedisca con comportamenti dilatori l'immediata conoscenza degli atti di gara (e dei relativi allegati)"* (e cioè *"in presenza di eventuali ... comportamenti dilatori"* della stessa amministrazione, *"che non possono comportare suoi vantaggi processuali, per il principio della parità delle parti"*, tenuto conto d'altra parte che *"L'Amministrazione aggiudicatrice deve consentire all'impresa interessata di accedere agli atti"*): in tal caso, infatti, *"il termine per l'impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l'interessato li abbia conosciuti"* (Cons. Stato, Ad. plen., n. 12 del 2020, cit. 25.2).

Alla luce di ciò, si deve ritenere che, laddove l'amministrazione non dia *"immediata conoscenza"* degli atti di gara, in specie mediante tempestiva risposta alla (anch'essa tempestiva) richiesta d'accesso, da evadere entro il termine di 15 giorni (cfr. Cons. Stato, III, 15 marzo 2022, n. 1792; V, 4 ottobre 2022, n. 8496), si farà applicazione dell'ordinario termine d'impugnazione di trenta giorni, decorrente dalla effettiva ostensione dei documenti richiesti dall'interessata (cfr. Cons. Stato, IV, 11 novembre 2020, n. 6392; V, n. 8496 del 2022, cit.; cfr. anche, per il decorso del termine dall'evasione dell'istanza d'accesso, Id., n. 575 del 2021, cit.; 26 aprile 2022, n. 3197, cit.; 29 aprile 2022, n. 3392).

21.5. Ciò posto nella fattispecie di cui è causa non può trovare applicazione l'indicata dilazione del termine per impugnare, non avendo Safety rispettato il termine complessivo di quindici giorni per la presentazione della richiesta di accesso agli atti di gara.

21.5.1. Ed invero la stessa, a fronte della comunicazione in data 19 luglio 2022 dell'aggiudicazione, ha atteso tre giorni per richiedere, in data 22 luglio 2022 di accedere alla documentazione di gara.

21.5.2. Pertanto, avendo la stazione appaltante comunicato in data 26 luglio 2022 la possibilità di accedere a tutta la documentazione di gara nell'immediato, Safety aveva a disposizione a partire da tale data, ulteriori 12 giorni per richiedere l'appuntamento per prendere visione della documentazione di gara.

21.5.3. Safety non ha rispettato detto termine, anche a volerlo far decorrere dalla data del 10 agosto 2022, in cui era stata resa nota la documentazione di gara con le parti parzialmente omissate (non applicandosi a tale fase di carattere amministrativo la sospensione feriale dei termini).

21.5.4. Peraltro solo *ad abundantiam* si osserva come il termine di quindici giorni non risulti rispettato neanche a far decorrere il residuo termine di dodici giorni dal primo settembre 2022, ovvero dopo la sospensione feriale dei termini, essendosi Safety risolta a richiedere l'appuntamento solo in data 19 settembre 2022.

21.6. A ciò consegue che, non applicandosi alla fattispecie *de qua*, l'indicata dilazione temporale per fatto imputabile a Safety, il termine di trenta giorni per impugnare non poteva che decorrere dal 19 luglio 2022, data di comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione.

Ne consegue pertanto l'irricevibilità del ricorso per motivi aggiunti, notificato solo in data 27 settembre 2022.

22. Con il quinto motivo di appello, formulato in via gradata, Safety lamenta l'erroneità della sentenza di *prime cure* nella parte in cui a suo dire aveva dichiarato irricevibile la censura contenuta nel ricorso per motivi aggiunti relativa all'anomalia dell'offerta di Euten, avuto riguardo ai costi dei servizi di postalizzazione, atteso che Safety aveva in realtà censurato l'anomalia dell'offerta con riferimento a tali costi sin dal ricorso introduttivo (quarto motivo).

22.1. Il motivo è inammissibile in quanto non calibrato sull'*iter* logico seguito dal primo giudice il quale, al contrario di quanto rilevato da Safety, non ha dichiarato il motivo, specificato in realtà solo nel ricorso per motivi aggiunti

(undicesimo motivo), riferito all'anomalia dell'offerta irricevibile, ma improcedibile, sulla base del rilievo che lo stesso era fondato sull'asserita nullità del contratto stipulato con Poste Vaticane, donde la necessità di ricorrere a Poste Italiane per il servizio di postalizzazione e la non praticabilità del prezzo concordato per singola raccomandata con Poste Vaticane; pertanto il primo giudice, avendo al contrario ritenuto, con statuizione confermata in questa sede, il contratto con Poste Vaticane valido, ha ritenuto che la censura, fondandosi su un presupposto destituito di fondamento, non potesse essere più utilmente coltivata (*“Con l'undicesimo motivo del ricorso per motivi aggiunti la Safety21 s.p.a. ha contestato l'incongruità del costo unitario offerto per la postalizzazione delle raccomandate internazionali con avviso di ricevimento, pari ad euro 3,00, in virtù dell'accordo sottoscritto con Poste Vaticane. La società ricorrente sostiene che, ove tale accordo fosse ritenuto nullo, la Euten s.r.l. sarebbe costretta ad applicare il maggior costo unitario risultante dal tariffario di Poste Italiane s.p.a., pari ad euro 7,10 per raccomandata, e che tale differenza di costo non sarebbe coperta dall'utile di impresa. La censura è dunque subordinata all'accoglimento del quinto motivo del ricorso introduttivo e deve essere pertanto dichiarata improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse alla sua decisione, in seguito al rigetto del motivo presupposto”*).

22.2. Peraltro, deve evidenziarsi *ad abundantiam* che la specificazione del motivo di anomalia dell'offerta indicato nel (solo) ricorso per motivi aggiunti, oltre che improcedibile, per i motivi già ravvisati dal primo giudice, doveva considerarsi anche irricevibile, stante l'irricevibilità *in toto* del ricorso per motivi aggiunti, riferibile non solo alle censure ritenute dal primo giudice come “*nuove*” ma anche alle censure che hanno dettagliato i motivi formulati nel ricorso introduttivo al buio in maniera assolutamente generica e come tale inammissibile ex art. 40 comma 2 c.p.a.

Ed invero, il quarto motivo del ricorso introduttivo, del pari riferito all'anomalia dell'offerta, doveva considerarsi inammissibile essendosi con esso Safety in via assolutamente generica ed esplorativa limitata a dedurre che *“Inoltre, è stata oscurata anche parte dei verbali della Commissione incaricata di procedere*

alla verifica di anomalia (docc. 8.1, 8.11, 8.13), soprattutto per ciò che concerne il contenuto e i costi dei contratti con altri partner ai quali Euten ha dichiarato di fare ricorso. Come è evidente, la mancata conoscenza delle prestazioni (e dei relativi costi) previsti nell'offerta tecnica di Euten, così come il quasi completo oscuramento dei giustificativi presentati dalla controinteressata, rende di fatto impossibile verificare l'effettiva congruità dei costi considerati in sede di verifica dell'anomalia.

Pertanto, con riferimento a tali profili, si deduce, ove occorrer possa, fin d'ora l'illegittimità della verifica di anomalia dell'offerta con riserva di proporre motivi aggiunti all'esito dell'integrale accesso mediante estrazione di copia alla documentazione presentata da Euten".

23. In conclusione l'appello va rigettato mentre il ricorso per motivi aggiunti in appello va dichiarato inammissibile.

24. Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Dichiara inammissibile il ricorso per motivi aggiunti.

Condanna Safety21 S.p.A alla refusione delle spese processuali in favore in favore Comune di Milano e di Labconsulenze S.r.l. già Euten S.r.l., liquidate in euro 4.000,00 (quattromila/00), in favore di ciascuna delle controparti, oltre oneri accessori, se dovuti, come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Diana Caminiti

IL PRESIDENTE
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO