

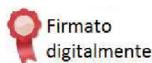
Pubblicato il 17/07/2023

N.

REG.PROV.COLL.

N.

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 in appello numero di registro generale                    del 2022, proposto da

in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alberto Costantini e Livio Lavitola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Livio Lavitola in Roma, viale Giulio Cesare 71;

***contro***

in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato                    , con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

non costituiti in giudizio;

***nei confronti***

non costituiti in giudizio;



quanto *«non oggetto di valutazione né per l'ammissione alla procedura di gara né per l'attribuzione del punteggio tecnico»*.

3. Con ricorso innanzi al T.a.r. per il Lazio, la \_\_\_\_\_ ha impugnato il provvedimento con il quale la \_\_\_\_\_ ha comunicato alla società il diniego parziale di accesso ai documenti, chiedendone l'annullamento e l'accertamento *«dei presupposti del diritto per l'accesso ex lege 241/1990 e dell'art. 53, comma 6, del codice degli appalti, [e di] ordinare alla \_\_\_\_\_ [...] l'esibizione degli atti e documenti richiesti con l'istanza del 25 novembre 2021, punto 13»*.

4. Con sentenza del \_\_\_\_\_ 2022, n. \_\_\_\_\_ il T.a.r. per il Lazio ha accolto il ricorso ordinando a \_\_\_\_\_ *«di rilasciare alla ricorrente copia degli atti di cui all'istanza di accesso, punto 13 nel termine di 30 (trenta) giorni dalla notifica o comunicazione della presente sentenza, provvedendo all'eventuale oscuramento dei dati personali e delle generalità del personale utilizzato dalla controinteressata»*. Il primo giudice ha ritenuto che la società ricorrente, che si è vista dichiarare la decadenza dell'affidamento, avesse dimostrato che i documenti richiesti fossero necessari per la tutela in giudizio dei propri diritti, avendo interesse all'esclusione dell'ATI \_\_\_\_\_ oppure alla revoca o alla decadenza del servizio affidato alla medesima, sia perché era pendente un ricorso giurisdizionale teso ad accertare l'insussistenza dell'inadempimento contestato alla ricorrente da \_\_\_\_\_ sia per l'eventuale ripetizione della procedura di gara alla quale parteciperebbe.

5. La \_\_\_\_\_, rimasta soccombente, ha proposto appello deducendo essenzialmente l'erroneità della sentenza in quanto, nel caso di specie, mancherebbe ogni possibilità, in linea astratta, di configurare un qualsivoglia risultato utile che la società \_\_\_\_\_ potrebbe conseguire dalle eventuali tutele evocate, dato che:

- la società è l'originario aggiudicatario del servizio, che si è visto risolvere il contratto per grave inadempimento;
- anche ove il contratto successivamente stipulato con il secondo classificato fosse

risolto per inadempimento di costui, l'odierno ricorrente non ne ricaverebbe alcun vantaggio, sia perché l'eventuale inadempimento del secondo classificato non varrebbe a scagionare l'istante dai suoi pregressi e ben distinti inadempimenti, che gli costarono a suo tempo la risoluzione del contratto; sia perché l'istante non potrebbe partecipare ad una ipotetica gara che fosse indetta da all'esito dell'eventuale risoluzione del rapporto con il secondo classificato, dal momento che, per quanto appena detto, continuerebbe comunque ad incappare nella causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016;

- non sarebbe in condizione di indire una nuova gara, ma si troverebbe costretta ad interpellare la terza classificata, dovendo assicurare il servizio di trasporto senza soluzione di continuità.

L'appellante rileva, inoltre, di non detenere la documentazione richiesta, che non rientrava tra quella richiesta per la gara.

6. Resiste in giudizio la società , chiedendo che l'appello sia respinto.

7. Alla camera di consiglio del 23 febbraio 2023, la causa è stata trattenuta in decisione.

8. L'appello è fondato.

8.1. La questione fondamentale che occorre esaminare e risolvere è costituita dall'accertamento del necessario nesso di strumentalità tra la conoscenza degli atti richiesti e la tutela di interessi difensivi facenti capo alla società . Come ha chiarito il Consiglio di Stato con la pronuncia dell'Adunanza plenaria del 18 marzo 2021, n. 4, sebbene *«la pubblica amministrazione detentrica del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. non devono svolgere ex ante alcuna ultronea valutazione sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità*

*giudiziaria investita della questione», tuttavia spetta all'amministrazione ed eventualmente al giudice amministrativo accertare l'ammissibilità della domanda di accesso nel «caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla L. n. n. 241 del 1990».*

8.2. Nel caso di specie, il necessario nesso di strumentalità non è dimostrato dalla società istante, posto che la posizione del terzo (ossia il raggruppamento temporaneo di imprese con mandataria la società \_\_\_\_\_, affidatario del servizio dopo la risoluzione del contratto con la \_\_\_\_\_ è, da un lato, intangibile (in quanto il provvedimento di aggiudicazione non risulta impugnato dalla \_\_\_\_\_; dall'altro lato, considerato che il servizio oggetto dell'affidamento risulta integralmente eseguito, la \_\_\_\_\_ nemmeno potrebbe aspirare alla indizione di una nuova gara (alla quale poter partecipare), trattandosi di una scelta discrezionale di \_\_\_\_\_ che non dipenderebbe dall'eventuale annullamento dell'aggiudicazione al terzo.

8.3. L'appellata, nella memoria del 10 febbraio 2023, sostiene che sussiste l'interesse concreto ed attuale alla conoscenza degli atti è collegato alla *«volontà della istante di richiedere il risarcimento del danno, una volta valutati gli elementi probatori per i quali è stato chiesto l'accesso, nei confronti del \_\_\_\_\_ di agire nei confronti dei funzionari del \_\_\_\_\_ per dolo o per colpa, ove sussistenti i presupposti».* Non è chiaro, tuttavia, in qual modo la conoscenza della documentazione relativa all'elenco *«del personale impiegato in servizio (Lotto VI) dall'ATI \_\_\_\_\_ relative buste paga del mese di ottobre, certificato di regolarità contributiva, fiscale, contratti di lavoro del personale addetto al servizio del lotto VI»* si ricollegli alla prospettata tutela risarcitoria; e rimane, quindi, indimostrato il necessario collegamento tra accesso ed esigenze difensive.

9. In conclusione, l'appello va accolto e, in riforma della sentenza impugnata, va respinto il ricorso di primo grado.

10. La disciplina delle spese giudiziali per il doppio grado segue la regola della soccombenza, nei termini di cui al dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, rigetta il ricorso di primo grado.

Condanna l'appellata al pagamento delle spese giudiziali in favore di , che liquida, per il doppio grado di giudizio, in euro 3.000,00 (tremila/00).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Giorgio Manca**

**IL PRESIDENTE**  
**Diego Sabatino**

IL SEGRETARIO