

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 8848 del 5 novembre 2024

Appalti pubblici – Accesso agli atti di gara – Interesse concreto e attuale – Sufficiente dimostrare circostanze potenzialmente idonee a prefigurare risoluzione contratto

Publicato il 05/11/2024

N. 08848/2024REG.PROV.COLL.

N. 05410/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 5410 del 2024, proposto da (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale di pec come in atti;

contro

(...) s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio eletto presso lo studio del primo, in (...);

nei confronti

Ministero (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici, in Roma, via dei Portoghesi, n. 12 è domiciliato *ex lege*;

Ambasciata (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 11570/2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero (...) e di (...) s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2024 il Cons. Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati (...), (...) e (...);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con determina a contrarre 30/3/2021, n. 585, l'Ambasciata (...) ha indetto una procedura selettiva per l'affidamento *“di un contratto di concessione del servizio per l'esternalizzazione dei servizi propedeutici, connessi o successivi all'attività di rilascio dei visti di ingresso in Italia mediante procedura ordinaria aperta, ai sensi dell'art. 7, comma 3, del DM n. 192/2017”*.

La *lex specialis* prevedeva l'obbligo per l'aggiudicatario d'isciversi nel registro delle imprese dello stato in cui avrebbe dovuto essere eseguito il contratto o di costituire *“una società di diritto locale entro 120 giorni dalla stipula del contratto, pena la risoluzione dello stesso ex art. 1456 del codice civile italiano”* (art. 2.1 del disciplinare di gara; punto III.1.1 del bando di gara e art. 13, comma 1, lettera q, del capitolato tecnico).

All'esito della procedura selettiva la stazione appaltante ha adottato il decreto 5/10/2021, n. 4, col quale ha aggiudicato la gara alla (...) (di seguito solo (...)).

L'(...) s.p.a. (d'ora in poi solo (...)), seconda classificata, ha, quindi, chiesto all'Ambasciata di *“ottenere copia integrale e senza omissioni, in formato elettronico-digitale ovvero in formato cartaceo in carta libera, di tutta la documentazione relativa all'iscrizione nel registro delle imprese del (...) o alla costituzione di una società di diritto locale da parte*

dell'aggiudicatario (...) e del contratto di concessione eventualmente medio tempore sottoscritto", adducendo, a giustificazione della richiesta, l'esigenza di tutelare la propria posizione giuridica soggettiva.

L'Ambasciata ha, però, respinto l'istanza di accesso, giudicandola *"sorretta esclusivamente da una finalità meramente esplorativa"*.

Ritenendo la determinazione negativa illegittima, l'(...) l'ha impugnata con ricorso al T.A.R. Lazio – Roma, il quale, con sentenza 7/6/2024, n. 11570, lo ha accolto.

L'accoglimento, riconosciuto l'interesse del ricorrente ha ottenere gli atti reclamati, è così motivato:

"21. La lex specialis ha, dunque, previsto un adempimento di carattere amministrativo, da eseguirsi entro un termine esattamente indicato, al quale è specificamente ricollegata (o può essere ricollegata secondo una determinazione rimessa alla stazione appaltante, che è comunque chiamata, alla luce del chiaro tenore della disciplina di gara, a specifica valutazione) la risoluzione del contratto. Deve, pertanto, escludersi che l'istanza di accesso, finalizzata a conoscere gli atti riguardanti il predetto adempimento amministrativo e le relative valutazioni condotte dalla stazione appaltante, si connoti come meramente esplorativa, avendo, da un lato, un oggetto ben definito e circoscritto ed essendo rivolta, dall'altro lato, alla conoscenza di vicende specificamente qualificate, per via di espresse previsioni della legge di gara, ai fini della fattispecie risolutoria.

22. Manifestamente infondate sono, d'altra parte, le argomentazioni addotte dalla stazione appaltante a sostegno del diniego. Nessuna rilevanza può assumere, infatti, la mancata impugnazione da parte della ricorrente degli atti di gara, che evidentemente non può far venir meno l'interesse a conoscere atti della fase esecutiva che possano eventualmente porsi a giustificazione di una vicenda risolutiva quale quella conseguente alla mancata iscrizione nel registro delle imprese (con conseguente subentro ovvero riedizione della gara), trattandosi di fattispecie i cui elementi costitutivi si pongono a valle della procedura di affidamento.

23. Neppure può assumere rilevanza la circostanza che la risoluzione non avvenga, come dedotto dalla controinteressata, automaticamente, essendo invece meramente eventuale. Decisiva, infatti, è la circostanza che il predetto adempimento è specificamente preso in considerazione dalla lex

specialis quale autonomo presupposto della risoluzione contrattuale, mentre anche l'eventuale discrezionalità riconosciuta all'Amministrazione nella valutazione della vicenda si espone al consueto sindacato giurisdizionale, alla cui attivazione parte ricorrente avrebbe evidentemente interesse al verificarsi dei relativi presupposti.

24. Né l'interesse di (...) può dirsi insussistente in ragione del fatto che, anziché determinarne il subentro, la risoluzione condurrebbe a una nuova procedura di affidamento, in quanto dalla giurisprudenza sopra richiamata è pacifico che l'interesse alla riedizione della gara può ben porsi a fondamento della legittimazione alla conoscenza degli atti della fase esecutiva.

25. Infine, la circostanza che l'inadempimento a tale incombenza non sia stato specificamente dedotto a giustificazione dell'istanza di accesso è irrilevante, essendo palese che la medesima è volta a verificare se esso è stato adempiuto e, in mancanza, per quale ragione la stazione appaltante non si sia determinata a risolvere il contratto. A fronte di un adempimento puntuale e specifico posto dalla legge di gara a base di una vicenda risolutoria non può ritenersi onere del concorrente potenzialmente interessato procedere a un'incerta, quanto potenzialmente defaticante, attività di indagine volta a fondare (quantomeno) il sospetto di una violazione, in quanto una tale conclusione finirebbe col frustrare irragionevolmente un interesse conoscitivo qualificato senza che emergano, in termini apprezzabili e non meramente evanescenti, ragioni di segno contrario”.

Avverso la sentenza ha proposto appello la (...).

Per resistere al ricorso si sono costituiti in giudizio l'(...) e il Ministero (...).

Con successive memorie le parti private hanno meglio illustrato le rispettive tesi difensive.

Alla camera di consiglio del 10/10/2024 la causa è passata in decisione.

Col primo motivo si censura l'appellata sentenza nella parte in cui afferma che “*la circostanza che l'inadempimento a tale incombenza [ovverosia all'obbligo di costituire una società di diritto locale] non sia stato specificamente dedotto a giustificazione dell'istanza di accesso è irrilevante, essendo palese che la medesima è volta a verificare se esso è stato adempiuto”.*

E invero, il concorrente collocato in seconda posizione avrebbe un interesse concreto ad accedere agli atti della fase esecutiva di un contratto pubblico, in

relazione a vicende che potrebbero condurre alla risoluzione per inadempimento, purché la relativa istanza non si traduca in una generica pretesa di verificare il corretto svolgimento del rapporto contrattuale.

Affinché l'interesse possa dirsi concreto e attuale esso dovrebbe preesistere all'istanza di accesso e non esserne conseguenza.

Da ciò discenderebbe che, la mera eventualità che l'inadempimento possa determinare lo scorrimento della graduatoria, non sarebbe, di per sé, sufficiente a legittimare una richiesta di accesso ai documenti della fase esecutiva del rapporto contrattuale, occorrendo, in aggiunta, che la pretesa ostensiva sia accompagnata da un *quid pluris*, consistente nella “*specificata, concreta e circostanziata valorizzazione di elementi fattuali o giuridici idonei a prefigurare, sia pure in termini di possibilità, le condizioni di una vicenda risolutiva*”.

Nella fattispecie tale *quid pluris* sarebbe mancato, in quanto l'(...) non avrebbe nemmeno adombrato l'esistenza di un minimo indizio o di un elemento di prova, in ordine a un possibile inadempimento dell'impresa aggiudicataria, con la conseguenza che l'istanza di accesso disvelerebbe una finalità meramente esplorativa.

Col secondo motivo si denuncia l'errore commesso dal Tribunale nell'escludere che la previsione contenuta nell'art. 13 del capitolato, secondo cui in tutte le ipotesi di risoluzione del contratto non vi sarebbe, comunque, alcun obbligo di scorrimento della graduatoria, sia inidonea a privare l'(...) dell'interesse a ricorrere, essendo, al riguardo, sufficiente un mero interesse strumentale alla ripetizione della gara.

Il detto interesse, infatti, dovrebbe, quantomeno, correlarsi a un'attuale e concreta prospettazione dei suoi presupposti costitutivi (relativi, nella specie, al “grave inadempimento” dell'impresa affidataria). Presupposti che, essendo finalizzati a conferire i necessari requisiti di “concretezza” e “attualità” all'interesse legittimante, dovrebbero preesistere all'istanza di accesso.

Le due doglianze, che si prestano a una trattazione congiunta, non meritano accoglimento.

Occorre premettere che, con sentenza 2/4/2020, n. 10 l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato ha affermato i seguenti principi:

a) ai sensi dell'art. 22, della L. n. 7/8/1990, n. 241, richiamato dall'art. 53 del D. Lgs. 18/4/2016, n. 50, all'operatore economico, utilmente collocato nella graduatoria dei concorrenti, determinata all'esito di una procedura concorsuale per l'affidamento di una commessa pubblica, deve riconoscersi la titolarità di un interesse concreto e attuale e una conseguente legittimazione, ad avere accesso agli atti della fase esecutiva del contratto stipulato, in relazione a vicende che potrebbero condurre alla risoluzione per inadempimento dell'aggiudicatario e, quindi, allo scorrimento della graduatoria o alla riedizione della gara;

b) ai fini dell'accesso, l'interesse dell'istante, pur in astratto legittimato, dev'essere concreto, attuale e diretto, il detto interesse, in particolare, deve preesistere alla richiesta di ostensione e non ne deve essere, invece, conseguenza, in altri termini, occorre che esso sia anteriore alla domanda di accesso documentale, la quale, quindi, <<*non deve essere impiegata e piegata a "costruire" ad hoc, con una finalità esplorativa, le premesse affinché il medesimo sorga ex post*>>.

c) l'istanza di accesso non può costituire il mezzo per soddisfare una generica volontà del concorrente di verificare il corretto svolgimento del rapporto contrattuale.

Nel caso di specie, l'appellata, ai fini della tutela dei propri interessi, quale seconda classificata, dopo aver premesso che, in base alla *lex specialis* della gara, l'aggiudicatario, entro centoventi giorni dalla stipula del contratto, si sarebbe dovuto iscrivere nel registro delle imprese del (...) o avrebbe dovuto costituire una società di diritto locale, pena la risoluzione del contratto, e che il detto termine era spirato, ha chiesto alla stazione appaltante di poter "*ottenere copia integrale e senza omissioni, in formato elettronico-digitale ovvero in formato cartaceo in carta libera, di tutta la*

documentazione relativa all'iscrizione nel registro delle imprese del (...) o alla costituzione di una società di diritto locale da parte dell'aggiudicatario (...) e del contratto di concessione eventualmente medio tempore sottoscritto tra codesta Spettabile Ambasciata e (...)".

Diversamente da quanto dedotto dall'appellante, la domanda di accesso presentata da (...), risultava, dunque, sorretta da un interesse concreto, attuale e diretto a ottenere l'ostensione degli atti reclamati, avendo l'istante evidenziato, con sufficiente chiarezza le concrete circostanze potenzialmente idonee a prefigurare, sia pure in termini di eventualità, un'apprezzabile prospettiva di risoluzione del contratto in essere.

In base ai richiamati principi giurisprudenziali, non era, poi, richiesto che la richiedente fornisse anche un principio di prova dell'inadempimento.

Del resto, l'istanza era diretta proprio ad acquisire elementi di certezza in ordine all'eventuale esistenza di quest'ultimo.

La sussistenza dell'interesse a ottenere la documentazione reclamata non può, poi, negarsi per il solo fatto che, a seguito della risoluzione contrattuale, la stazione appaltante debba procedere, come sostiene la (...), all'indizione di una nuova gara, senza poter scorrere la graduatoria, atteso che, anche l'interesse meramente strumentale alla riedizione della procedura è idoneo a sorreggere l'istanza di accesso (cfr. cit. Cons. Stato, A.P., n. 10/2020).

L'appello va, pertanto, respinto.

Sussistono eccezionali ragioni per disporre l'integrale compensazione di spese e onorari di giudizio.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2024 con

l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Da Assegnare Magistrato, Consigliere

L'ESTENSORE

Alessandro Maggio

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO