

Pubblicato il 10/03/2021

N. 02050/2021REG.PROV.COLL.
N. 02220/2020 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 2220 del 2020, proposto da Società Acque Servizi S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Bimbi, con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Gianluca Barneschi in Roma, alla via Panama,n. 77;

contro

Cappellotto S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Franchin e Alessandro Tudor, con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Alessandro Tudor in Roma, alla via F. Siacci, n. 38;

nei confronti

Longo Euroservice S.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, sez. I, n. 201/2020, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e l'appello incidentale proposto da Cappellotto S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 4 febbraio 2021, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137, conv. in l. 18 dicembre 2020, n. 176, il Cons. Giovanni Grasso e preso atto del deposito delle note d'udienza da parte degli avvocati Bimbi, Franchin e Tudor;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- In seguito ad un bando di gara, indetto dalla soc. Acqua Servizi S.r.l., nel mese di aprile 2018 la Cappellotto S.p.A. partecipava alla gara d'appalto avente ad oggetto la fornitura di un veicolo per espurgo.

Con nota in data 20 aprile 2018, la soc. Acque Servizi S.r.l. comunicava l'aggiudicazione definitiva in favore dell'operatore economico Longo Euroservice S.r.l..

La Cappellotto S.p.A., seconda graduata, veniva a conoscenza che il mezzo fornito dall'aggiudicataria avrebbe avuto caratteristiche difformi rispetto a quelle previste dal capitolato d'appalto: per tal via, in data 6 settembre 2019, inoltrava alla stazione appaltante una generica istanza di accesso agli atti di gara.

All'esito del rigetto dell'istanza, il successivo 24 settembre 2019, la società formalizzava una seconda istanza, volta a sollecitare l'avvio della risoluzione contrattuale e/o la revoca dell'aggiudicazione, con contestuale istanza di accesso civico *ex art. 5 d.lgs. n. 33/2013*, con la quale segnatamente reclamava l'ostensione: *a)* della copia integrate dell'offerta tecnica ed economica presentata dalla Longo Euroservice S.r.l.; *b)* della copia del contratto di appalto; *c)* della copia della documentazione amministrativa e tecnica del veicolo fornito dell'aggiudicataria.

Con nota prot. 0003556/19, comunicata con pec del 18 ottobre 2019, la soc. Acque Servizi S.r.l. respingeva la richiesta di risoluzione del contratto e/o revoca dell'aggiudicazione e, contestualmente, negava l'istanza di accesso agli atti di gara.

2.- Con ricorso, notificato in data 13 novembre 2019, la Cappellotto S.p.A. impugnava, dinanzi al TAR per la Toscana, la nota in questione, invocando, ai sensi

dell'art. 116 cod. proc. amm., l'accertamento del proprio diritto ad ottenere copia della documentazione amministrativa richiesta.

Con sentenza n. 201/2020, meglio distinta in epigrafe, l'adito Tribunale accoglieva il ricorso, condannando l'odierna appellante alla ostensione della documentazione "richiesta con l'istanza del 6 settembre 2019" ed alla refusione delle spese di lite.

3.- Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, Acque Servizi S.r.l. impugna la decisione, di cui lamenta la complessiva erroneità ed ingiustizia, auspicandone l'integrale riforma.

Nel costituirsi in giudizio per resistere al gravame, Cappellotto S.r.l. propone appello incidentale, relativamente alla corretta individuazione dell'oggetto della domanda, relativa non alla richiesta di accesso attivata con la nota del 6 settembre 2019, ma a quella successivamente formalizzata in data 24.09.2019.

4.- Alla camera di consiglio del 4 gennaio 2021, la causa è stata riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- Va esaminato preliminarmente, per ragioni di priorità logica, l'appello incidentale e, segnatamente, il primo motivo di doglianza, con il quale la società appellata si duole che, con la sentenza impugnata, pur formalmente favorevole nel merito, il primo giudice si sia limitato ad accogliere l'istanza ostensiva genericamente formulata con la *prima* istanza del 6 settembre 2019 (senza, per giunta, fissare un termine per il relativo adempimento), trascurando di considerare che il ricorso aveva, in realtà, ad oggetto il *secondo* diniego della stazione appaltante, relativo alla successiva istanza, proposta in data 24 settembre 2019 non più nei generici termini dell'accesso documentale *ex l.* n. 241/1990, ma specificamente *ex art.* 5 del d. lgs. n. 33/2013 (c.d. *accesso civico*), ed avente ad oggetto: *a)* copia integrale offerta tecnica ed economica presentata dalla Longo Euroservice s.r.l. in sede di gara; *b)* copia del contratto di appalto stipulato; *c)* copia documentazione amministrativa e tecnica del veicolo fornito dall'aggiudicatario.

Nell'auspicio dell'interessata, l'esame di tale documentazione avrebbe, in concreto, consentito di verificare la conformità o meno tra le caratteristiche tecniche previste nel capitolato speciale d'appalto, le caratteristiche contemplate nel contratto e le caratteristiche del mezzo effettivamente fornito dalla Longo Euroservice e, quindi,

la correttezza dell'operato della stazione appaltante, la quale appariva aver asseritamente accettato la fornitura di un mezzo con caratteristiche del tutto difformi da quelle originariamente previste.

2.- Il motivo è, nei sensi delle considerazioni che seguono, fondato.

La documentazione in atti evidenzia, in effetti, che la società appellata aveva preferito non impugnare il primo diniego di accesso, ma aveva preferito – ricusata la prima richiesta ostensiva – perfezionare una nuova e più circostanziata richiesta, articolandola e qualificandola non più in termini di mero e generico accesso documentale, sibbene, nei sensi chiariti in narrativa, di accesso civico.

Vero è che, avendo affermato il principio della praticabilità dell'accesso, il primo giudice ha sostanzialmente riconosciuto, in parte motiva, le ragioni dell'appellante: nondimeno, avuto riguardo al consequenziale dispositivo, è esatto il rilievo che il *petitum* (e la correlata ingiunzione ostensiva) avrebbe dovuto essere perimetrata alla nuova (più articolata e circostanziata) istanza e avrebbe dovuto essere accompagnata (a sensi dell'art. 116, comma 4 cod. proc. amm.) dalla fissazione di un relativo termine (di regola non superiore a trenta giorni) per provvedere al relativo adempimento (eventualmente accompagnato dalla indicazione delle prospettive e relative modalità operative).

3.- Le considerazioni che precedono non valgono solo a legittimare l'accoglimento del primo motivo dell'appello incidentale, ma anche a respingere il primo motivo dell'appello principale che, per quanto incentrato sul medesimo e convergente ordine di ragioni, mira nondimeno ad un difforme esito revisionale, affidato al rilievo che, così come apprezzata, la domanda avrebbe dovuto essere coerentemente dichiarata tardiva, in quanto proposta oltre il trentesimo giorno dal primo diniego.

Vale, in diverso senso, osservare che, per l'appunto, il primo giudice ha equivocato sull'effettivo oggetto del giudizio, sicché il ricorso andava correttamente riferito (non solo nelle premesse, ma anche negli esiti) alla seconda istanza, rispetto alla quale risultava del tutto rituale e tempestivo.

4.- Ciò posto, nel merito della pretesa ostensiva, vale osservare che la controversia verte sulla possibilità, sulle modalità e sui limiti dell'accesso documentale agli atti di gara, relativamente alla fase esecutiva successiva alla stipula del contratto, richiesto

dall'operatore economico concorrente che non abbia inteso impugnarne gli esiti attraverso l'impugnazione dell'aggiudicazione, rivendicando il mero interesse strumentale alla verifica di potenziali condizioni di risoluzione del vincolo negoziale, idonee a legittimare l'eventuale rinnovo della procedura.

4.1.- Sulla questione, si è pronunciata l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, con la sentenza 2 aprile 2020, n. 10, la quale, componendo il contrasto di orientamenti maturati sul punto, ha chiarito che:

- a) l'Amministrazione ha il potere-dovere di esaminare l'istanza di accesso agli atti e ai documenti pubblici, formulata in modo generico o cumulativo dal richiedente senza riferimenti ad una specifica disciplina, anche alla stregua della normativa dell'*accesso civico generalizzato*, a meno che l'interessato non abbia inteso fare esclusivo, inequivocabile, riferimento alla disciplina dell'accesso documentale, nel qual caso l'istanza va esaminata solo con specifico riferimento ai profili della l. 7 agosto 1990, n. 241, senza che il giudice amministrativo, adito ai sensi dell'art. 116 cod. proc. amm., possa mutare il titolo dell'accesso definito dall'originaria istanza;
- b) è ravvisabile un interesse concreto e attuale, ai sensi dell'art. 22 l. 7 agosto 1990, n. 241, con conseguente legittimazione all'accesso agli atti della fase esecutiva di un contratto pubblico da parte di un concorrente alla gara, in relazione a vicende che potrebbero condurre alla risoluzione per inadempimento dell'aggiudicatario e quindi allo scorrimento della graduatoria o alla riedizione della gara, purché l'istanza non si traduca in una generica volontà da parte del terzo istante di verificare il corretto svolgimento del rapporto contrattuale;
- c) la disciplina dell'*accesso civico generalizzato*, fermi i divieti temporanei o assoluti previsti dall'art. 53 d.lgs. n. 50 del 2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara e all'esecuzione dei contratti pubblici, non ostandovi in senso assoluto l'eccezione prevista dall'art. 5-bis, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013, in combinato disposto con l'art. 53 e con le disposizioni della l. n. 241 del 1990, che non esenta *in toto* la materia dall'accesso civico generalizzato; ferma comunque restando la necessità di verificare la compatibilità dell'accesso con le eccezioni dell'art. 5-bis, commi 1 e 2, a tutela degli interessi-limite, pubblici e privati, ivi contemplati, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza.

4.2.- Sulla scorta delle riassunte coordinate, la domanda ostensiva *de executivis* deve ritenersi, in via di principio, ammissibile (anche indipendentemente dalla valorizzazione del diritto all'accesso civico, attivato nella specie, e, dunque, nei più circostanziati e specifici termini dell'accesso c.d. documentale *ex artt.* 22 ss. l. n. 241/1990, come integrati dalla disciplina speciale di cui all'art. 53 del d. lgs. n. 50/2016), alla condizione che non fondi sulla mera allegazione (in termini *eventuali*, puramente *ipotetici* o *dubitativi*, che renderebbero, come tali, inammissibilmente *astratto* e meramente *potenziale* l'interesse acquisitivo e, correlativamente, *esplorativa*, quando non addirittura *emulativa*, l'istanza) della semplice eventualità di una futura riedizione della gara, ma si accompagni alla *specificata, concreta e circostanziata* valorizzazione di *elementi fattuali o giuridici* inerenti le modalità di regolare attuazione del rapporto negoziale e idonei a prefigurare, sia pure in termini di *possibilità* e non necessariamente di certezza o anche solo di probabilità, le condizioni di una vicenda risolutiva, per sé idonea a riattivare le *chances* di subentro o anche solo di rinnovazione della procedura evidenziale.

4.3.- Nel caso di specie, la richiesta traeva alimento dal sospetto (che, ove fondato, avrebbe potuto costituire ragione sufficiente per invocare una possibile ragione risolutiva del rapporto contrattuale in essere) che l'aggiudicatario avesse, in concreto, effettuato, con l'accettazione della stazione appaltante, una prestazione almeno in parte difforme da quella capitolare: si tratta, con ciò, di una *verifica non generica né generalizzata* della regolare esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto, orientata all'obiettivo riscontro di precisi e circostanziati elementi fattuali, la cui carenza darebbe vita ad un inadempimento contrattuale.

Per tal via, diversamente da quanto ritiene, con i residui motivi affidati al gravame principale, la società appellante, correttamente il primo giudice ha ritenuto meritevole l'istanza di esibizione.

5.- Le considerazioni che precedono, che assorbono ogni altri rilievo, giustificano, in accoglimento dell'appello incidentale e in reiezione di quello principale, la riforma della sentenza impugnata nella parte in cui: *a)* non ha parametrato l'accoglimento della domanda di accesso alla istanza del 24 settembre 2019 (di tal che la condanna alla esibizione deve essere riferita alla documentazione con la stessa richiesta; *b)* non ha fissato le modalità temporali per il relativo adempimento

conformativo (che possono essere determinate in quindici giorni, decorrenti dalla notifica, ad impulso di parte, della presente statuizione).

6.- Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo che segue.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello incidentale e respinge l'appello principale e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, condanna Acque Servizi s.r.l. al rilascio della documentazione richiesta dalla società appellata con l'istanza di accesso civico del 24 settembre 2019, nel termine di quindici giorni decorrenti dalla notifica, ad impulso di parte, della presente sentenza.

Condanna la società appellante alla refusione delle spese di lite, che quantifica in complessivi € 3.000,00, oltre accessori di legge.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 4 febbraio 2021, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137, conv. in l. 18 dicembre 2020, n. 176, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO