



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

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 620 del 2024, proposto da

Ecovie s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9474173EE0, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefania Lago e Andrea Manzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Manzi in Roma, via Alberico II n. 33;

contro

Autostrada Brescia, Verona, Vicenza e Padova s.p.a., non costituita in giudizio;

nei confronti

C.G.C. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Sergio Caracciolo e Alberto Salmaso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Sergio Caracciolo in Roma, via Appia Nuova, n. 225;

Asfalti Piovese s.r.l. in proprio e quale mandante del costituendo RTI, Tima s.r.l. in proprio e quale mandante del costituendo RTI, Ingegneria Costruzioni Colombrita s.r.l. in proprio e quale mandante del costituendo RTI, S.I.G. s.p.a. in proprio e

quale mandante del costituendo RTI, non costituiti in giudizio;

Techasfalti s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Sansone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

per la riforma

dell'ordinanza collegiale del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Seconda) n. 19/2024, resa tra le parti;

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Techasfalti s.r.l. il 2/2/2024:

Per l'annullamento e/o riforma

dell'ordinanza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Seconda), n. 19/2024, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della C.G.C. s.r.l. e della Techasfalti s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2024 il Cons. Annamaria Fasano e uditi per le parti l'avvocato Manzi anche in delega di Sansone e l'avvocato Caracciolo;

1. Con ricorso proposto dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, il RTI con C.G.C. s.r.l. mandataria, e Asfalti Piovese s.r.l. e Tima s.r.l. mandanti, hanno chiesto l'annullamento del provvedimento di esclusione del loro costituendo RTI dalla procedura di gara indetta da Autostrada Brescia, Verona, Vicenza e Padova s.p.a. per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria del manto stradale (careggiata Ovest – lotto 2 – CIG: 9474173EE0), nonché dell'aggiudicazione della procedura al RTI tra Techasfalti s.r.l., Ingegneria Costruzioni Colombrita s.r.l. e SIG s.p.a., deducendo plurimi motivi di illegittimità. Le ricorrenti hanno riferito che in data 15 settembre 2023 avevano depositato

istanza di accesso agli atti in corso di causa ai sensi dell'articolo 116, comma 2, del codice di rito, assumendo di avere presentato alla società appaltante una prima domanda di accesso in data 21 giugno 2023, con la quale avevano chiesto, ai sensi degli artt. 22 e ss. della legge 241 del 1990, 53 del d.lgs. n. 50 del 2016, e ai sensi del d.lgs. n. 33 del 2013 e del d.lgs. n. 97 del 2016, copia di *'ogni documento, predisposto dal RUP, dal DL e/o dal CSE, anche ai sensi del d.lgs. 81/2008, idoneo a verificare se, nella fase esecutiva dei lavori, siano rispettate le dichiarazioni rese dal RTI Techasfalti nella propria offerta tecnica con riferimento a: - l'impegno a realizzare le attività di stabilizzazione senza avvalersi di subappalti; - l'impiego effettivo delle macchine operatrici indicate in sede di gara'*.

Le predette istanze rimanevano senza esito.

Con successiva istanza del 19 luglio 2023, il RTI C.G.C. aveva sollecitato l'ostensione degli atti, richiedendo altresì: *" - i contratti di nolo dei mezzi e di distacco del personale con la società Ecovie s.r.l. e/o con qualunque operatore economico coinvolto nell'esecuzione dell'attività di stabilizzazione; - ogni altra informazione, documento o atto, comunque denominato afferente l'attività di stabilizzazione; - le comunicazioni presentate dal RTI Techasfalti ai sensi e per gli effetti dell'art. 105, comma 2, quarto e quinto periodo del d.lgs. n. 50/2016; - la documentazione afferente la verifica dei requisiti dei subappaltatori/subcontraenti"*.

2. Ciò premesso, con il ricorso introduttivo, le società hanno lamentato che Autostrada non ha dato riscontro a tali istanze e, maturato il silenzio – diniego, lo hanno impugnato deducendone l'illegittimità per *'violazione e falsa applicazione degli artt. 22 e ss. della legge 241 del 1990, e dell'art. 53 d.lgs. n. 50/2016, del d.lgs. n. 33/2013 e del d.lgs. 97/2016. Violazione e falsa applicazione del principio di trasparenza di cui all'art. 29 del d.lgs. 50/2016'*, evidenziando di avere diritto di accedere agli atti richiesti, sia ex art. 22 della legge 241/1990 in ragione del loro interesse concreto ed attuale alla conoscenza, sia in applicazione dell'istituto dell'accesso civico generalizzato.

3. Il Tribunale adito, con ordinanza n. 19 del 2024, ha accolto l'istanza, ravvisando l'interesse all'accesso e la legittimazione delle ricorrenti, e ritenendo indubbia, alla luce delle censure sollevate nel gravame, la strumentalità dell'istanza di accesso rispetto alle critiche oggetto del giudizio principale, nei termini delineati dall'articolo 116, comma 2, c.p.a. Il Collegio di prima istanza ha qualificato il RTI ricorrente titolare di un interesse qualificato diretto, concreto ed attuale, nei termini previsti dall'articolo 22 della legge 241/1990, alla conoscenza dei documenti richiesti, avendo partecipato alla procedura di gara bandita dalla resistente Autostrada e non essendone stato ancora definitivamente escluso in quanto l'esclusione è stata contestata con il giudizio principale. Secondo il Giudicante, la disponibilità di tali atti è strumentale a verificare la rispondenza delle modalità esecutive dell'appalto agli elementi esposti nell'offerta presentata in gara dal RTI Techasfalti e, quindi, posto che le deducenti hanno lamentato altresì l'illegittimità in via autonoma dell'aggiudicazione assumendo che, nel caso in cui le macchine indicate nella loro offerta tecnica non fossero spendibili ai fini dell'attribuzione del punteggio premiale, la medesima decurtazione di punteggio deve essere effettuata nei confronti del concorrente.

4. Ecovie s.r.l. ha impugnato la suddetta ordinanza, chiedendone l'integrale riforma, in ragione della infondatezza della pretesa ostensiva della società C.G.C. La ricorrente denuncia violazione dell'art. 22 l. n. 241 del 1990 e dell'art. 53 d.lgs. n. 50 del 2016 stante l'insussistenza di un interesse concreto ed attuale collegato ai documenti oggetto di richiesta di ostensione, in quanto tale interesse dipenderebbe dalla riammissione in gara di C.G.C. per effetto dell'annullamento dell'esclusione. Secondo la deducente, C.G.C. non potrebbe beneficiare neppure di una ipotetica risoluzione del contratto di appalto sottoscritto da Autostrada con Techasfalti, nel senso che l'attuale esclusione della predetta dalla gara le impedirebbe anche di subentrare nel contratto, a seguito della sua eventuale risoluzione per effetto di scorrimenti della graduatoria ex art. 110 d.lgs. n. 50 del 2016. Ecovie s.r.l.

argomenta che, nel caso in cui fossero accolte le censure dedotte da C.G.C. contro la propria esclusione, con conseguente annullamento della stessa, C.G.C., quale originaria prima classificata, sarebbe automaticamente aggiudicataria della commessa. Pertanto, non vi sarebbe alcuna esigenza processuale di esaminare anche le inammissibili doglianze relative all'illegittimità per vizi propri dell'aggiudicazione a favore di Techasfalti s.r.l.

La società assume che i documenti richiesti coinvolgono interessi e strategie commerciali proprie e degli operatori economici coinvolti nella gara, pertanto l'istanza di accesso andrebbe respinta, essendo espressione di curiosità priva di protezione giuridica.

5. La società Techasfalti s.r.l. si è costituita in giudizio proponendo ricorso incidentale, e chiedendo l'annullamento o comunque la riforma dell'ordinanza collegiale impugnata, stante l'insussistenza del diritto di accesso agli atti, in quanto i documenti di cui si è chiesta l'ostensione coinvolgono direttamente interessi e strategie commerciali degli operatori economici coinvolti.

6. Il Collegio ritiene di confermare l'ordinanza impugnata posto che, alla luce delle doglianze sollevate nel giudizio principale, l'istanza di accesso è strumentale a verificare la rispondenza delle modalità esecutive dell'appalto agli elementi esposti nella offerta presentata in gara, in quanto il RTI è titolare di un interesse qualificato diretto, concreto ed attuale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 22 della legge n. 241 del 1990, alla conoscenza dei documenti richiesti con le istanze di ostensione.

Secondo l'indirizzo condiviso della giurisprudenza amministrativa, la legittimazione all'accesso agli atti della P.A. va riconosciuta a chiunque possa dimostrare che gli atti oggetto dell'accesso abbiano spiegato o siano idonei a spiegare effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, indipendentemente dalla lesione di una posizione giuridica, stante l'autonomia del diritto di accesso, inteso come interesse ad un bene della vita distinto rispetto alla situazione legittimante all'impugnativa dell'atto (Cons. Stato, n. 4372 del 2016; Cons. Stato n. 1213 del 2017).

Nella specie, i documenti richiesti riguardano, nel dettaglio, i contratti di nolo ed eventuali subappalti conclusi tra Techasfalti ed Ecovie per l'esecuzione dei lavori in questione, sicchè appare all'evidenza che tale documentazione è utile alla C.G.C. per determinare l'illegittimità dell'aggiudicazione disposta in favore del RTI Techasfalti, secondo le censure spiegate nel gravame principale.

Le critiche prospettate nei ricorsi non possono essere condivise, in quanto emerge lo stretto collegamento tra la documentazione richiesta e la situazione finale controversa, come richiesto dalla giurisprudenza prevalente (Cons. Stato, n. 787 del 2023; Adunanza Plenaria, sentenza 18 marzo 2021, n. 4), secondo cui va ravvisato il nesso tra il documento e le esigenze difensive del deducente.

6.1. Le appellanti lamentano che i documenti di cui si è chiesta l'ostensione coinvolgono direttamente interessi e strategie commerciali degli operatori economici coinvolti.

A tale riguardo, questa Sezione rammenta che l'ormai consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa (*ex multis*, Cons. Stato n. 6463 del 2020; id. n. 5167 del 2020; id n. 4220 del 2020) ha ribadito che la *ratio* sottesa alle previsioni di cui all'art. 53, comma 5, lett. a) del d.lgs. n.50 del 2016 è quella di escludere dall'accesso a “*quella parte dell'offerta strettamente afferente al Know how del singolo concorrente, vale a dire l'insieme del saper fare costituito, in particolare, dalle competenze e dalle esperienze maturate nel tempo che consentono, al concorrente medesimo, di essere altamente competitivo nel mercato di riferimento*”. Orbene, le ricorrenti hanno genericamente prospettato un uso distorto del diritto di accesso, rappresentando un possibile pregiudizio dall'ostensione della documentazione, deducendo che i potenziali *competitors* potrebbero trarre vantaggio diretto dalla conoscenza delle strutture organizzative e metodi di lavoro utilizzati senza specificare quali competenze ed esperienze maturate potrebbero essere pregiudicate dall'ostensione dei documenti, sicchè le critiche, così come articolate, difettano di specificità. Il limite alla ostensibilità è infatti subordinato

all'allegazione di 'motivata e comprovata dichiarazione', mediante la quale si dimostri l'effettiva sussistenza di un segreto industriale o commerciale meritevole di salvaguardia (Cons. Stato n. 4724 del 2017).

Nondimeno, il Collegio ritiene che il paventato rischio di pregiudizio dedotto dalle appellanti possa essere certamente evitato oscurando nella documentazione oggetto di ostensione ogni riferimento alla metodologia e i prezzi dei contratti.

6.2. Pertanto, in ragione dei rilievi espressi, va respinto l'appello principale di Ecovie s.r.l. e l'appello incidentale spiegato da Techasfalti s.r.l. e, per l'effetto, va confermata l'ordinanza impugnata; conseguentemente la resistente Autostrada deve consentire, entro venti giorni dalla comunicazione o, se anteriore, dalla notifica della presente ordinanza, l'accesso alla documentazione richiesta con le istanze del 21 giugno 2023 e 19 luglio 2023, previo oscuramento di ogni riferimento alla metodologia e ai prezzi dei contratti.

7. Le spese della fase, tenuto conto della peculiarità della vicenda processuale, vanno interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) rigetta l'appello principale e l'appello incidentale e, per l'effetto, conferma l'ordinanza impugnata nei termini di cui in motivazione.

Compensa integralmente tra le parti le spese di lite della fase.

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Annamaria Fasano

IL PRESIDENTE
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO