

**APPALTI - ACCESSO - ACCESSO DIFENSIVO - INFLUENZA O DECISIVITA' DEL DOCUMENTO RICHiesto - LEGITTIMAZIONE ALL'ACCESSO - LEGITTIMAZIONE ALLA PRETESA SOSTANZIALE - DIFFERENZE**

L'amministrazione detentrica del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. non devono svolgere alcuna valutazione sulla 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 e non certo all'amministrazione o allo stesso giudice amministrativo nel giudizio di accesso; pertanto la legittimazione all'accesso non può essere valutata facendo riferimento alla legittimazione della pretesa sostanziale sottostante, ma ha consistenza autonoma, indifferente allo scopo ultimo per cui viene esercitata. Ciò che compete all'Amministrazione (e successivamente al Giudice, in sede di sindacato sull'operato di questa), è la verifica dell'astratta inerenza del documento richiesto con la posizione soggettiva dell'istante e gli scopi che questi intende perseguire per il tramite dell'accesso. L'Amministrazione non può subordinare l'accoglimento della domanda alla (propria) verifica della proponibilità e/o ammissibilità di azioni in sede giudiziaria il Giudice dell'accesso non è e non deve essere il Giudice della "pretesa principale" azionata o da azionare.

**Consiglio di Stato, sez. V<sup>^</sup> sentenza n. 5013 del 2024**

Publicato il 04/06/2024

**N. 05013/2024REG.PROV.COLL.**

**N. 03768/2024 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 3768 del 2024, proposto da [REDACTED]

[REDACTED]  
in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato [REDACTED], con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, [REDACTED]

***contro***

[REDACTED] società unipersonale, non costituita in giudizio;

***nei confronti***

[REDACTED] in proprio nella duplice qualità di componente e mandataria [REDACTED]  
[REDACTED], non costituiti in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la [REDACTED] (Sezione Quarta) [REDACTED], resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nella camera di consiglio del giorno 30 maggio 2024 il Cons. Gianluca Rovelli e udito per la parte appellante [REDACTED]

sentita la parte presente ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1. [REDACTED] – [REDACTED] di qui in avanti anche solo “[REDACTED]”) è concessionaria, per il periodo 1.01.2020 – 31.12.2028, dell'Autodromo Nazionale di Monza in forza della Convenzione stipulata in data 3 settembre 2019 con il [REDACTED] e [REDACTED]. [REDACTED] ha sub-concesso, per il medesimo

periodo, alla società [REDACTED] (società *in house* di [REDACTED]) l'intero complesso dell'Autodromo di Monza.

2. Riferisce l'appellante che [REDACTED] ha riscontrato la necessità di attuare interventi di rifacimento della pista e di riqualificazione dei sottopassi, in attuazione delle priorità rappresentate da *Formula One Marketing Limited e Formula One World Championship Limited* che hanno manifestato l'opportunità che detti interventi siano realizzati entro il Gran Premio di Formula 1 che sarà disputato nel mese di settembre 2024.

3. La sub-concessionaria [REDACTED], con lettera d'invito del 16 luglio 2022, ha avviato la procedura negoziata “*senza bando, previa valutazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, ai sensi dell'art. 63 del D.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii, aggiornato a seguito della modifiche introdotte dall'art.1, comma 2, lett. b) del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito in legge 11 settembre 2020, n. 120 e ss.mm.ii per l'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria inerenti l'attività di progettazione definitiva ed esecutiva e coordinamento della sicurezza in fase progettuale per l'intervento di riqualificazione della pavimentazione della pista di F1 e relative opere idrauliche presso Autodromo Nazionale Monza, via Vedano 5, 20900 Monza*” – CIG 93088398F3 - CUP H57H22001790005.

4. La procedura è stata aggiudicata al RTP MCI Infrastructures Engineering s.r.l. (mandataria), con mandante l'Arch. Giuseppe Laporta, con provvedimento del 22 novembre 2022, mentre [REDACTED] si è classificata in seconda posizione.

5. Con distinta procedura, [REDACTED] ha indetto la gara per l'affidamento dei “*servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria inerenti all'attività di progettazione definitiva ed esecutiva e coordinamento della sicurezza in fase progettuale per l'intervento di riqualificazione di alcuni sottopassi e del viale di ingresso da Vedano presso Autodromo Nazionale Monza, via Vedano 5, 20900 Monza*” – [REDACTED]

6. Tale procedura è stata aggiudicata a un operatore differente da [REDACTED] ossia al [REDACTED]

7. Con successiva determinazione a contrarre n. 3922 del 22 giugno 2023, ACI ha determinato l'avvio della procedura aperta, ai sensi degli artt. 60 e 157, d.lgs. n. 50 del 2016, per l'affidamento dei servizi di Direzione Lavori e Coordinamento della Sicurezza in fase di esecuzione dell'intervento di *“riqualificazione di alcuni sottopassi e del viale di ingresso Vedano e riqualificazione della pavimentazione della pista F1 e relative opere idrauliche, da realizzarsi presso l'Autodromo Nazionale di Monza”*, dando atto di aver incaricato Invitalia, quale Centrale di Committenza, a predisporre gli atti di gara [REDACTED]

8. A tale procedura, gestita interamente da Invitalia, hanno preso parte sia [REDACTED] (in [REDACTED] con [REDACTED], [REDACTED] (in Serra) sia la Dromo (quale mandante nel costituendo raggruppamento). Riferisce l'appellante che, alla data di scadenza per la presentazione delle offerte per la gara della Direzione Lavori e del Coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione (28 luglio 2023), il progetto esecutivo delle opere di riqualificazione della pavimentazione della pista (la cui redazione era stata affidata all'RTP con mandataria la [REDACTED]), non era stato avviato, come pure il progetto esecutivo riguardante i sottopassi e il viale di ingresso (affidato, come visto, a un differente RTP).

9. Con provvedimento del 27 settembre 2023 Invitalia ha aggiudicato la gara della Direzione Lavori e Coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione al [REDACTED]

10. La Dromo ha impugnato tale ultimo provvedimento di aggiudicazione (dinanzi al TAR Lombardia, Milano, sez. IV, r.g. n. 2103/2023), chiedendone l'annullamento, previa sospensiva, adducendo, sostanzialmente, che il precedente affidamento da parte di [REDACTED] del servizio di progettazione definitiva ed esecutiva relativo al medesimo intervento avrebbe determinato una *“distorsione della*

concorrenza” fornendo al [REDACTED] “*un incommensurabile vantaggio competitivo*” sugli altri concorrenti.

11. Con ordinanza del 24 novembre 2023, n. 1089, il TAR Lombardia – Milano ha rigettato l’istanza cautelare e ha contestualmente fissato l’udienza di discussione al 13 marzo 2024.

12. Con atto d’appello cautelare del 27 dicembre 2023, la [REDACTED] ha impugnato l’ordinanza cautelare (R.G. n. 10087/2023). All’esito della camera di consiglio del 18 gennaio 2024, con ordinanza n. 199 del 19 gennaio 2024 il Consiglio di Stato – *“ritenuto in via assorbente che, nella valutazione comparativa degli interessi in funzione delle rispettive esigenze cautelari, appare prevalente quello invocato dall’amministrazione a tener fermi gli effetti del provvedimento amministrativo gravato, anche alla luce dell’intervenuto affidamento d’urgenza del servizio controverso, oltreché dei lavori cui lo stesso accede, nonché considerata d’altra parte la già intervenuta fissazione dell’udienza di discussione in primo grado per il prossimo 13 marzo 2024”* – ha respinto l’appello cautelare della [REDACTED]

13. Il giudizio afferente l’aggiudicazione della Direzione Lavori e del Coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, all’esito dell’udienza pubblica del 13 marzo 2024, è stato definito con sentenza di rigetto n. 962 del 29 marzo 2024 (impugnata innanzi al Consiglio di Stato, sez. V, r.g. n. 3304/2024).

14. Nelle more, [REDACTED] ha affidato in data 3 gennaio 2024, in via d’urgenza, i servizi tecnici di direzione lavori e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione.

15. In data 8 gennaio 2024, la Direzione lavori ha effettuato la consegna in via d’urgenza dei lavori alla ditta aggiudicataria [REDACTED]

16. In tale contesto, con istanza del 29 dicembre 2023, Dromo ha domandato a SIAS il “*rilascio di copia degli atti e dei documenti menzionati nella relazione tecnica del progetto esecutivo integrato, ove sono elencati i passaggi procedurali che hanno portato all’approvazione del complessivo intervento di riqualificazione dell’impianto monzese*”.

17. Decorso il termine di 30 giorni ██████ restando inerte, non ha concesso l'ostensione documentale.

18. Avverso il silenzio-rigetto ██████ ha presentato ricorso chiedendone l'annullamento e l'ostensione dei documenti indicati nell'istanza d'accesso citata (R.G. n. 278/2024) in quanto necessari alla propria “*difesa in giudizio nell'ambito del citato ricorso R.g. n° 2103/2023*”.

19. All'esito della camera di consiglio del 10 aprile 2024, il TAR Lombardia – Milano, con sentenza pubblicata in data 12 aprile 2024, n. 1083/2024, ha accolto il ricorso di Dromo, con conseguente obbligo in capo a ██████ di consentire l'accesso integrale entro il termine di dieci giorni dalla comunicazione della sentenza.

20. Di tale sentenza, ██████ ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello alla luce delle censure così rubricate: “*I. Error in iudicando e in procedendo. Violazione, falsa interpretazione e applicazione di legge (in particolare violazione degli artt. 29, 53 e 76 d.lgs. n. 50/2016 e degli artt. 22 e ss., l. n. 241/1990; violazione degli artt. 35 e 120 c.p.a; violazione dell'art. 100 c.p.c.). Motivazione erronea. Travisamento dei presupposti in diritto. Contraddittorietà. Erroneità e illegittimità della Sentenza gravata nella parte in cui ha rigettato la prima eccezione formulata da SLAS e ha riconosciuto l'interesse all'accesso da parte di Dromo e la lesività del diniego; II. Error in iudicando e in procedendo. Violazione, falsa interpretazione e applicazione di legge (in particolare violazione dell'art. 53, d.lgs. n. 50/2016 e degli artt. 22 e ss., l. n. 241/1990; violazione degli artt. 35 e 104, co. 3, c.p.a.; violazione dell'art. 100 c.p.c.; violazione dell'art. 24 Cost.). Motivazione erronea. Travisamento dei presupposti in fatto e in diritto. Contraddittorietà. Erroneità e illegittimità della Sentenza gravata nella parte in cui ha rigettato la seconda eccezione di SLAS e riconosciuto in capo a Dromo l'attualità e la concretezza dell'interesse ad agire; III. Error in iudicando e in procedendo. Violazione, falsa interpretazione e applicazione di legge (in particolare violazione dell'art. 53 d.lgs. n. 50/2016 e degli artt. 22 e ss. l. 241/1990; violazione dell'art. 24, d.lgs. n. 50/2016). Motivazione erronea. Travisamento dei presupposti in fatto e in diritto. Erroneità e*

*illegittimità della Sentenza gravata nella parte in cui ha rigettato la prima eccezione di SLAS in ordine alla infondatezza nel merito delle tesi attoree”.*

21. Alla camera di consiglio del 30 maggio 2024 il ricorso è stato trattenuto per la decisione in forma semplificata, sentita la parte presente ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

## DIRITTO

22. Viene all'esame del Collegio il ricorso proposto da [REDACTED] per la riforma della sentenza del TAR Lombardia, sede di Milano, sez. IV, n. 1083/2024 con la quale il medesimo TAR ha accolto il ricorso proposto da [REDACTED] per l'annullamento e la declaratoria di illegittimità - del silenzio-rigetto maturato in relazione all'istanza di accesso agli atti notificata a [REDACTED] dalla ricorrente il 29 dicembre 2023.

23. La decisione del primo Giudice si articola nei seguenti punti:

- a) la parte ricorrente è soggetto legittimato a formulare la domanda di accesso alla documentazione afferente alla procedura di gara per l'affidamento dei servizi tecnici di direzione lavori e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione per l'intervento di riqualificazione di alcuni sottopassi e del viale di ingresso da Vedano e riqualificazione della pavimentazione della pista di F1 e relative opere idrauliche da realizzarsi presso l'Autodromo Nazionale di Monza, trattandosi di componente di un R.T.P. classificatosi al secondo posto nella graduatoria finale, risultando, sotto tale profilo, del tutto irrilevante che il destinatario dell'istanza ostensiva sia un soggetto diverso dalla Stazione appaltante;
- b) sussiste l'interesse all'accesso della parte istante poiché, sebbene il giudizio impugnatorio relativo alla richiamata procedura (ricorso R.G. n. 2103/2023), azionato sempre dalla ricorrente Dromo, sia stato definito dal TAR con sentenza di rigetto n. 962 del 29 marzo 2024, comunque non risulta ancora scaduto il termine per proporre appello;

- c) l'art. 104, comma 3, c.p.a. ammette la possibilità di proporre motivi aggiunti in appello, ove ne ricorrano le condizioni (da ultimo, Consiglio di Stato, V, 7 febbraio 2024, n. 1263); sotto tale profilo, non è possibile in questa sede verificare la rilevanza della documentazione richiesta in relazione all'instaurando giudizio (di appello) – il cui avvio è subordinato all'esame degli atti oggetto della richiesta di ostensione;
- d) neppure rileva l'avvenuto affidamento in data 3 gennaio 2024, in via d'urgenza, della commessa oggetto di controversia al R.T.P. controinteressato, poiché l'impossibilità di subentro non esclude il conseguimento di un risarcimento per equivalente monetario in caso di fondatezza dell'eventuale appello;
- e) tenuto conto della tipologia degli atti richiesti – aventi un contenuto non pregiudizievole, nemmeno a livello potenziale, della riservatezza commerciale e industriale di un diverso operatore economico – non deve nemmeno procedersi alla effettuazione di un bilanciamento tra la posizione di un ipotetico soggetto leso e le esigenze di difesa del richiedente, né deve essere dimostrata da quest'ultimo la “stretta indispensabilità” della documentazione richiesta in rapporto al giudizio eventualmente già pendente oppure da instaurare;
- f) a indiretta conferma di tale conclusione induce anche la circostanza che [REDACTED] non ha adottato un diniego espresso, ma è rimasta inerte, con conseguente formazione del silenzio-rigetto, e la controinteressata [REDACTED], pur avendo ricevuto la notifica del ricorso oggetto di scrutinio e ottenuto l'accesso al fascicolo di causa in data 12 febbraio 2024 (come risulta dal fascicolo telematico), non si è costituita in giudizio;
- g) l'Ente resistente quindi non ha effettuato alcun apprezzamento in ordine alla sussistenza dei presupposti per negare l'accesso alla documentazione richiesta, in tal modo avallando, ancorché per implicito, quelle prassi, non condivisibili, attraverso le quali si impedisce, in maniera sistematica, l'accesso agli atti nelle gare

pubbliche al fine di tutelare le esigenze di riservatezza di alcuni operatori privati; ciò trova una indiretta conferma nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la quale ha censurato tale *modus procedendi* poiché contrario ai principi del diritto europeo (cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, IV, sentenza 17 novembre 2022, causa C-54/21);

h) la giurisprudenza (per tutte, Consiglio di Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10) ha, in più occasioni, ribadito come la normativa in materia di appalti pubblici garantisca agli operatori economici che abbiano preso parte alla gara l'accesso agli atti della procedura, non solo con riguardo alla fase di affidamento ma anche relativamente a quella esecutiva, salve le puntuali eccezioni espressamente indicate nella stessa normativa (art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016), nella presente fattispecie non ricorrenti;

i) neppure possono accogliersi i rilievi contenuti nella memoria difensiva di [REDACTED] in ordine alla infondatezza delle tesi attoree contenute nel ricorso R.G. n. 2103/2023 – pur condivise dal TAR con la sentenza n. 962/2024 – tenuto conto che il presente giudizio di accesso è stato incardinato non in via incidentale, ma quale giudizio autonomo (cfr. sulle differenze tra le due tipologie di giudizio, Consiglio di Stato, Ad. plen., 24 gennaio 2023, n. 4, punto 5 del diritto), nel quale è precluso un vaglio sulla fondatezza dell'azione da intraprendere;

l) l'individuazione dei documenti oggetto della richiesta di accesso è scaturita dall'esame della Relazione generale al Progetto esecutivo integrato predisposta dal [REDACTED] del 13 novembre 2023, ossia da un atto redatto successivamente all'espletamento della gara cui ha preso parte il R.T.P. di cui era componente la ricorrente [REDACTED] (aggiudicata in data 27 settembre 2023; peraltro anche una parte dei documenti richiesti sembrerebbe essere stata formata in seguito all'adozione del provvedimento di aggiudicazione in favore del [REDACTED] [REDACTED] Quindi non risultano applicabili – almeno in maniera incontestata e *de*

*plano* – i principi discendenti dalla pronuncia del Consiglio di Stato, Ad. plen., 2 luglio 2020, n. 12, in relazione alla corretta individuazione del termine per proporre il ricorso introduttivo nelle ipotesi di vizi conoscibili solo in esito all'accesso agli atti di gara.

24. L'appellante contesta la ricostruzione del TAR sulla base dei seguenti argomenti:

a) ██████████ ha presentato istanza d'accesso difensivo al solo fine di conoscere gli atti e i documenti afferenti all'attività svolta dal ██████████ nell'ambito dell'affidamento di SIAS del servizio di progettazione definitiva ed esecutiva dell'intervento di riqualificazione della pavimentazione della pista e delle relative opere idrauliche, al fine di predisporre nuove difese – ovvero motivi aggiunti in appello *ex art.* 104, comma 3, c.p.a., – nell'ambito del giudizio prima pendente innanzi al TAR Lombardia – Milano (r.g. n. 2103/2023) e ora innanzi al Consiglio di Stato (sez. V, r.g. n. 3304/2024);

a.1.) il TAR avrebbe svolto considerazioni e valutazioni che avrebbero dovuto essere del tutto sottratte al giudizio del giudice, trattandosi di un ricorso che, a monte, sarebbe stato inammissibile per mancanza dell'attualità e della concretezza dell'interesse all'accesso, con conseguente assenza di interesse ad agire avverso il diniego tacito opposto ██████████

a.2.) il ricorso di primo grado, avverso il silenzio-rigetto formatosi sull'istanza d'accesso presentata ██████████ avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile per difetto d'interesse ad agire, essendo ormai spirato ogni termine ragionevole per la proposizione di motivi aggiunti nell'ambito del giudizio relativo all'aggiudicazione della Direzione Lavori e Coordinamento della Sicurezza in fase di esecuzione;

a.3.) un'eventuale ostensione integrale dei documenti richiesti sarebbe inutile ai fini del giudizio avverso l'aggiudicazione del servizio di Direzione Lavori e Coordinamento della Sicurezza in fase di esecuzione, poiché non strumentali alla

tutela della posizione giuridica della ██████ difettando l'attualità e la concretezza dell'interesse alla loro conoscenza;

a.4.) l'istanza d'accesso, presentata in data 29 dicembre 2023, è stata trasmessa oltre il termine di 15 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione del servizio di Direzione Lavori e Coordinamento della Sicurezza in fase di esecuzione risalente al 27 settembre 2023 ossia tre mesi prima che la ricorrente si attivasse con la citata domanda d'ostensione e, in ogni caso, quando era già decorso il termine complessivo di 45 giorni per la proposizione dell'impugnativa avverso la predetta aggiudicazione;

a.5.) la ricorrente non potrebbe beneficiare di alcuna dilazione temporale per la presentazione dei motivi aggiunti (anche in appello), poiché il termine ultimo per l'impugnazione – in caso di presentazione tempestiva dell'istanza d'accesso – sarebbe comunque spirato in data 13 novembre 2023 (45 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione); da qui, dunque, anche l'assenza di lesività del diniego (tacito) all'accesso, opposto da ██████ il TAR avrebbe dovuto limitarsi a dichiarare l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse poiché la ricorrente non potrebbe trarre comunque alcun effetto utile dall'accoglimento dello stesso, essendo ormai spirato ogni termine per l'utilizzo in giudizio dei documenti richiesti;

a.6.) ulteriormente erronea sarebbe la sentenza nella parte in cui sostiene la tempestività dell'accesso e l'inapplicabilità al caso di specie dei principi espressi dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 12/2020;

a.7.) la sentenza n. 12/2020 non limita l'operatività della dilazione in base al soggetto pubblico destinatario dell'istanza di accesso (che sia questo la Stazione appaltante o altra Pubblica Amministrazione detentrica della documentazione da ostendere), circoscrivendo piuttosto l'ambito di applicazione "oggettivo" della stessa all'eventualità che *"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";*

a.8.) la dilazione temporale per la proposizione del ricorso introduttivo o dei motivi aggiunti può ottenersi solo a fronte di una richiesta d'accesso "tempestiva" formulata nel limite di tempo di quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione; la *ratio* della pronuncia, discendente dall'interpretazione dell'impianto normativo costituito dagli artt. 29, 53 e 76, d.lgs. n. 50 del 2016 e dall'art. 120 c.p.a., risiede nell'esigenza di garantire "*celerità dei procedimenti di aggiudicazione di affidamento di appalti pubblici*";

a.9.) opinando nel senso proposto dal TAR si consentirebbe una dilazione temporale, potenzialmente senza limiti, per la proposizione di un ricorso o di motivi aggiunti in materia di appalti pubblici *ex art. 120 c.p.a.*, semplicemente perché i documenti su cui – in tesi – si intende fondare le doglianze sono detenuti da un'Amministrazione diversa dalla Stazione Appaltante che ha adottato l'aggiudicazione oggetto di contestazione;

b) la conoscenza dei documenti – come emerge testualmente dall'istanza d'accesso e dal ricorso introduttivo – era precipuamente tesa alla predisposizione delle difese nel giudizio (r.g. n. 2103/2023) già introdotto da ██████ avverso l'aggiudicazione del servizio di Direzione Lavori e Coordinamento della Sicurezza in fase di esecuzione afferente al medesimo intervento;

b.1.) secondo il TAR sussisterebbe ancora l'interesse all'accesso della parte istante poiché, sebbene il giudizio impugnatorio relativo alla richiamata procedura è stato nelle more definito, comunque sussisterebbe ancora la possibilità per la Dromo di proporre motivi aggiunti in appello (par. 3 della sentenza);

b.2.) la Dromo non potrebbe utilizzare gli eventuali documenti conosciuti a seguito dell'accesso agli atti di cui si discute per la proposizione di motivi aggiunti in appello, non sussistendone le condizioni;

b.3.) i documenti di cui [REDACTED] ha chiesto l'accesso erano tutti già esistenti e conoscibili dalla società nel corso del giudizio di primo grado (r.g. n. 2103/2023), e, solo per inerzia della stessa, non sono stati conosciuti e utilizzati in giudizio; la [REDACTED] era pienamente a conoscenza dell'esistenza e della potenziale utilizzabilità in giudizio dei documenti richiesti, ma nonostante ciò ha atteso oltre 3 mesi, dall'aggiudicazione del 27 settembre 2023, per richiederne l'accesso;

b.4.) il TAR avrebbe errato perché avrebbe dovuto limitarsi a dichiarare l'improcedibilità del ricorso, *ex art. 35 c.p.a.*, per sopravvenuta carenza d'interesse (all'epoca della proposizione dell'atto introduttivo la causa r.g. n. 2103/2023 non era ancora passata in decisione), poiché l'eventuale ostensione dei documenti richiesti non poteva (e non può tutt'ora) avere più alcuna utilità difensiva per la [REDACTED] venendo dunque meno l'attualità e la concretezza dell'interesse all'accesso, in quanto i documenti di cui [REDACTED] chiede l'ostensione non potevano produrre alcun riflesso sulla posizione giuridica soggettiva della titolare nel giudizio r.g. 2103/2023, essendo stato definito prima della conclusione del giudizio sull'accesso e non potrebbero comunque essere in alcun modo utilizzati in sede di appello;

b.5.) il TAR avrebbe anche errato nell'affermare che non sarebbe possibile per il giudice dell'accesso (o per l'Amministrazione) *“verificare la rilevanza della documentazione richiesta in relazione all'instaurando giudizio (di appello) – il cui avvio è naturalmente subordinato all'esame degli atti oggetto della richiesta di ostensione – e la sua stessa ammissibilità”*;

c) in alcun modo il precedente affidamento del servizio di progettazione esecutiva e definitiva del medesimo intervento potrebbe influire sulla gara per l'affidamento del servizio di DL e CSE; non vi sarebbe infatti alcuna incompatibilità tra il ruolo di progettista e quello di direttore dei lavori in base all'art. 24, d.lgs. n. 50 del 2016;

c.1.) la paventata asimmetria informativa – che dovrebbe essere provata con l'ostensione documentale da parte di ■■■■ – sarebbe insussistente, con conseguente inutilità, ai fini difensivi, della documentazione richiesta;

c.2.) in sostanza, l'istanza d'accesso si tradurrebbe in una generica richiesta esplorativa, priva del requisito della strumentalità, che – in quanto tale – il Giudice di primo grado avrebbe dovuto dichiarare inammissibile.

25. La ricostruzione dell'appellante non merita condivisione e la sentenza impugnata deve essere integralmente confermata.

26. Il primo Giudice ha, in modo condivisibile, richiamato i principi espressi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 2 aprile 2020, n. 10.

27. Riprendendo le considerazioni esposte dall'Adunanza plenaria, si può affermare che:

a) il principio di trasparenza risponde anche all'esigenza di un controllo sull'azione amministrativa, particolarmente avvertita nella materia dei contratti pubblici e delle concessioni;

b) l'accesso agli atti nella materia dei contratti pubblici non è un sistema normativo compiuto e chiuso.

È noto che gli istituti dell'accesso documentale e dell'accesso civico generalizzato si pongono in rapporto di concorrenza integrativa, preordinata alla migliore fruizione dell'interesse conoscitivo. Concorrenza che consente, peraltro, la possibilità di strutturare in termini alternativi, cumulativi o condizionati la pretesa ostensiva. Un'istanza di accesso documentale, non accoglibile per l'assenza di un interesse attuale e concreto, potrà essere accolta sub specie di accesso civico generalizzato.

28. Il Considerando 126 della Direttiva n. 2014/24/UE prevede che la tracciabilità e la trasparenza del processo decisionale nelle procedure di appalto “è essenziale per

*garantire procedure leali nonché combattere efficacemente la corruzione e le frodi*"; le stazioni appaltanti devono garantire alle parti interessate l'accesso a tali documenti.

29. Il Considerando n. 122 della stessa Direttiva prevede addirittura che *“i cittadini, i soggetti interessati, organizzati o meno, e altre persone od organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso di cui alla Direttiva 98/665/CE hanno comunque un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto”* e *“dovrebbero avere la possibilità, con modalità diverse dal sistema di ricorso di cui alla Direttiva 89/665/CE e senza che ciò comporti necessariamente una loro azione dinanzi a corti e tribunali, di segnalare le eventuali violazioni della presente Direttiva all'autorità o alla struttura competente”*.

30. L'amministrazione detentrica del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. non devono svolgere alcuna valutazione sulla 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 e non certo all'amministrazione o allo stesso giudice amministrativo nel giudizio di accesso; pertanto la legittimazione all'accesso non può essere valutata facendo riferimento alla legittimazione della pretesa sostanziale sottostante, ma ha consistenza autonoma, indifferente allo scopo ultimo per cui viene esercitata (Consiglio di Stato sez. III, 3 novembre 2022, n. 9588).

31. Contrariamente a quanto preteso dall'appellante, ciò che compete all'Amministrazione (e successivamente al Giudice, in sede di sindacato sull'operato di questa), sulla base della motivazione della richiesta di accesso, è la verifica dell'astratta inerenza del documento richiesto con la posizione soggettiva dell'istante e gli scopi che questi intende perseguire per il tramite dell'accesso. Ne consegue che l'Amministrazione non può subordinare l'accoglimento della domanda alla (propria) verifica della proponibilità e/o ammissibilità di azioni in sede giudiziaria; ciò in quanto il Giudice dell'accesso non è e non deve essere il

Giudice della “pretesa principale” azionata o da azionare (Consiglio di Stato sez. IV, 1° marzo 2022, n. 1450).

32. Tutta la disputa sulla possibilità di proporre motivi aggiunti in appello prescinde dal perimetro della presente controversia. La ricorrente in primo grado ha chiesto di accedere ad atti della procedura. Le valutazioni sulla influenza o sulla decisività dei documenti richiesti nell'eventuale giudizio instaurato o da instaurare, competono, se del caso, all'Autorità giudiziaria investita della questione e non al Giudice amministrativo nel giudizio di accesso.

31. Per le ragioni sopra esposte l'appello va respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza impugnata.

Non vi è luogo a provvedere sulle spese, in difetto di costituzione delle altre parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia n. 1083/2024.

Nulla per le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 maggio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Marina Perrelli, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

**Gianluca Rovelli**

**Rosanna De Nictolis**

IL SEGRETARIO