

Pubblicato il 14/03/2023

N. 02674/2023REG.PROV.COLL.
N. 08247/2022 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 8247 del 2022, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluigi Pellegrino e Arturo Testa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Inps - Istituto Nazionale di Previdenza Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Fiorentino e Daniela Anziano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Inps - Istituto Nazionale di Previdenza Sociale - Direzione Regionale Basilicata, non costituita in giudizio;

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Calculli, Mario Sanino e Luca Di Mase, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Mario Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

nei confronti

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Cristina Lenoci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via E. Gianturco, 1;

-OMISSIS-, non costituita in giudizio;

per la riforma

dell'ordinanza collegiale del Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata (Sezione Prima) n. 00712/2022, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Inps, della -OMISSIS- e dell'OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2023 il Cons. Alberto Urso e uditi per le parti gli avvocati Pellegrino, Fiorentino, Calculli, Viola, in dichiarata delega dell'Avv. Sanino, Petrachi, in dichiarata delega dell'Avv. Di Mase, e Lenoci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato sulla Guue il 23 luglio 2020, l'Inps indiceva procedura di gara per l'affidamento quadriennale del servizio di vigilanza nelle proprie sedi in Basilicata.

L'iniziale aggiudicazione in favore della -OMISSIS-. (oggi -OMISSIS-) veniva annullata dalla stessa stazione appaltante per ritenuta carenza dei requisiti a fronte di alcune falsità dichiarative, con conseguente aggiudicazione della gara al secondo classificato, Rti capeggiato dalla -OMISSIS-.

2. Avverso tale provvedimento la -OMISSIS- proponeva ricorso davanti al Tribunale amministrativo per la Basilicata che, con sentenza n. 435 del 2021 annullava il provvedimento disponendo che l'amministrazione valutasse ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016 alcuni dei

provvedimenti giudiziali di cui all'illecito dichiarativo alla base della disposta esclusione della -OMISSIS-; la decisione veniva confermata giusta sentenza n. 5345 del 2022 di questa V Sezione.

3. Seguiva l'adozione, da parte della stazione appaltante, del provvedimento di riaggiudicazione della gara alla -OMISSIS- di cui alla d.d. n. -OMISSIS- del 29 luglio 2022, all'esito della favorevole valutazione espressa dall'Inps a fronte del *remand* disposto dalla sentenza n. 435 del 2021.

4. Avverso tale provvedimento e gli atti correlati la -OMISSIS- ha proposto ricorso, integrato da tre motivi aggiunti, allo stato pendente in primo grado davanti al Tribunale amministrativo per la Basilicata.

Nell'ambito di tale giudizio, la ricorrente proponeva anche istanza d'accesso *ex art.* 116, comma 2, Cod. proc. amm.: con precedente richiesta all'amministrazione del 4 agosto 2022 aveva infatti domandato di accedere a varia documentazione di gara, all'offerta tecnica ed economica della -OMISSIS-, agli atti sulla verifica dell'anomalia dell'offerta e dei requisiti, agli inviti trasmessi dalla stessa -OMISSIS- e dalla mandante -OMISSIS- e alle relative valutazioni della stazione appaltante, nonché ad altri documenti richiamati dalla (o ritenuti correlati alla) detta d.d. n. -OMISSIS- del 2022.

A fronte del diniego opposto dall'amministrazione la -OMISSIS- proponeva dunque nell'ambito del giudizio la suddetta istanza *ex art.* 116, comma 2, Cod. proc. amm., qui controversa.

5. Il Tribunale amministrativo adito, nella resistenza dell'Inps e della -OMISSIS-, accoglieva il ricorso ordinando all'amministrazione di consegnare entro il termine di 10 giorni dalla comunicazione o notificazione dell'ordinanza tutti i documenti richiesti dalla -OMISSIS- con la detta istanza del 4 agosto 2022.

6. Avverso l'ordinanza ha proposto appello la -OMISSIS- Vigilanza deducendo:

I) violazione dell'art. 112 Cod. proc. civ.: omessa pronuncia in ordine alle eccezioni in rito circa la radicale irricevibilità, inammissibilità e infondatezza

dell'istanza istruttoria avversaria;

II) Segue: errata interpretazione del combinato disposto dagli artt. 22, comma 2, l. n. 241 del 1990 e 53, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016;

III) Segue: Violazione dell'art. 53, comma 5, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016.

7. Resistono al gravame la -OMISSIS-e la -OMISSIS-(la quale ripropone anche i motivi assorbiti dall'ordinanza appellata), chiedendo la reiezione dell'appello, mentre l'Inps, pure costituito, aderisce all'impugnazione.

8. Sulla discussione delle parti alla camera di consiglio del 23 febbraio 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Va respinta anzitutto l'eccezione preliminare d'inammissibilità dell'appello in quanto vertente su ordinanza resa in materia d'accesso avente natura istruttoria, e perciò non passibile d'impugnazione.

È sufficiente il richiamo, al riguardo, alla pronuncia n. 4 del 2023 dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, la quale ha chiarito come le ordinanze in materia d'accesso *ex art. 116, comma 2, Cod. proc. amm.* siano ben autonomamente impugnabili (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 24 gennaio 2023, n. 4, ove si afferma il principio per cui *“l'ordinanza resa nel corso del processo di primo grado sull'istanza di accesso documentale ai sensi dell'art. 116, secondo comma, cod. proc. amm., è appellabile innanzi al Consiglio di Stato”*).

1.1. Le altre eccezioni e questioni di natura preliminare possono essere esaminate unitamente al merito, cui più propriamente pertengono.

2. Col primo motivo di gravame l'appellante si duole della mancata dichiarazione d'inammissibilità del ricorso di primo grado, considerato che in precedenza la -OMISSIS-aveva presentato altre due analoghe istanze d'accesso (rispettivamente, in data 3 febbraio 2021 e 14 settembre 2021) entrambe respinte con provvedimenti non impugnati.

In ogni caso l'istanza d'accesso qui controversa era inammissibile in ragione della relativa carenza d'interesse della -OMISSIS-, stante l'intervenuta decadenza della ricorrente dalla possibilità di promuovere censure

sull'aggiudicazione a fronte del già intervenuto giudicato - coprente il dedotto e il deducibile - di cui alle sentenze n. 435 del 2021 del Tar e n. 5345 del 2022 di questo Consiglio di Stato.

A ciò dovrebbe aggiungersi che l'istanza non indicava alcun interesse attuale, concreto e diretto all'accesso, non specificando alcuna ragione di strumentalità rispetto all'azione da intraprendere, e presentava carattere esplorativo e aspecifico.

2.1. Col secondo motivo l'appellante si duole dell'errore in cui sarebbe incorso il giudice di primo grado nel ritenere sufficiente all'accesso "il mero bisogno di conoscenza", venendo qui in rilievo, piuttosto, una fattispecie di accesso difensivo, che può essere riconosciuto solo in caso di effettiva strumentalità all'attività defensionale.

Del pari erronea sarebbe, in tale contesto, l'affermazione del Tar circa l'assenza nella specie di controinteressati all'accesso.

2.2. I motivi, che vanno esaminati congiuntamente per connessione, sono parzialmente fondati, nei termini e per le ragioni che seguono.

2.2.1. Non è condivisibile il primo profilo di doglianza sollevato dalla - OMISSIS-, incentrato sulla dedotta inammissibilità del ricorso *ex art.* 116, comma 2, Cod. proc. amm. a fronte dell'inoppugnabilità di precedenti provvedimenti di rigetto di analoghe istanze d'accesso proposte dalla - OMISSIS-.

Nella specie, la prima istanza evocata, risalente al 3 febbraio 2021, riguardava la "*documentazione amministrativa, tecnica, economica e la documentazione relativa alla verifica anomalia presentata in sede di gara dalla -OMISSIS- -OMISSIS-*".

La successiva comunicazione di riscontro della stazione appaltante prodotta dall'appellante (*i.e.*, nota del 12 febbraio 2021), nel dare accesso ad alcuni dei documenti richiesti (richiamando, peraltro, anche la loro pubblicazione sul sito dell'amministrazione), rendeva noto per gli altri che "*allo scadere del termine concesso al controinteressato per le sue osservazioni/deduzioni, [sarebbe stato]*

prontamente fissato incontro presso la Sede regionale alla presenza della scrivente e in contraddittorio con l'operatore -OMISSIS- per l'accesso richiesto".

Per questo, non si era a ben vedere in presenza di un provvedimento di rigetto, semmai di differimento dell'accesso.

Siffatto rigetto è intervenuto solo in un momento successivo (*i.e.*, giusta nota del 10 marzo 2021, che rigettava il sollecito della -OMISSIS-dell'11 febbraio 2021, il quale appunto reiterava l'istanza del 3 febbraio 2021) ma per ragioni del tutto peculiari, coincidenti con l'intervenuto annullamento frattanto dell'aggiudicazione in favore di -OMISSIS-, circostanza questa superata e non più attuale al tempo della nuova istanza d'accesso qui controversa.

Per questo - fermo il necessario esame di quanto oggetto del distinto profilo di doglianza, inerente al difetto d'interesse all'accesso per intervenuta decadenza dalla possibilità di censurare la posizione di -OMISSIS- - non è dato ravvisare *sic et simpliciter* una preclusione all'accesso dalla precedente vicenda correlata all'istanza del 3 febbraio 2021 richiamata dall'appellante (cfr. in termini generali, per l'ammissibilità di nuova istanza a fronte di fatti sopravvenuti o diversa prospettazione dell'interesse, già Cons. Stato, VI, 4 ottobre 2013, n. 4912; più di recente, Id., III, 3 novembre 2022, n. 9567).

Lo stesso è a dirsi per la seconda istanza richiamata, risalente al 14 settembre 2021, respinta dall'Inps il 28 settembre 2021.

In questo caso la -OMISSIS-chiedeva l'accesso a due specifici documenti, consistenti nella "*diffida ad adempiere del 10.12.2018 inviata a -OMISSIS- -OMISSIS-*" e nel "*precedente Verbale Unico di Accertamento e Notificazione [...] ricevuto in data 17.1.2019 dell'Ispettorato del lavoro*".

Il diniego dell'amministrazione era motivato affermando che si trattava di "*atti e documenti non inerenti la gara e perché l'istanza [era] generica quando afferma[va] che sussiste[va] un interesse collegato alla formulazione di ricorso in appello*".

A ben vedere tali documenti non formano diretto oggetto della nuova istanza qui in discussione, la quale riguarda la diversa documentazione di cui ai punti n. 1)-9), e atti correlati, che, laddove eventualmente comprensiva anche dei

detti documenti di cui all'istanza del 14 settembre 2021, lo sarebbe a tutt'altro titolo, e cioè quali documenti attratti nel procedimento (e in particolare nelle verifiche nello stesso ricomprese), di guisa che ancora una volta alcun ostacolo all'accesso ne deriverebbe dal precedente provvedimento di diniego adottato dall'Inps.

Si precisa peraltro, al riguardo, che anche le specificazioni di cui al punto *sub A)* dell'istanza d'accesso (che attengono ad atti successivi, benché connessi, a quelli del precedente diniego) vanno correlate pur sempre - per come l'istanza è formulata - all'attività di verifica svolta dalla stazione appaltante e ai suoi esiti, considerato che l'istante, se sollecitava in proposito alcune attività "*a compiersi dalla S.A.*" deducendo che l'analisi degli sviluppi processuali inerenti a una potenziale causa escludente "*fosse dovuta e [perciò veniva] espressamente richiesta*" (sollecito che peraltro esula, in sé, dall'accesso qui in rilievo, essendo rivolto piuttosto a dare impulso all'azione di verifica e valutazione da parte dell'amministrazione), rivolgeva comunque la richiesta d'accesso ai "*relativi atti e documenti*", i quali formano dunque oggetto di richiesta ostensiva se e nella misura in cui ricompresi nelle attività di verifica istruttoria (anche in termini di acquisizione documentale) compiute dall'amministrazione (in tal senso, anche in altro punto, l'istante richiedeva attività "*a compiersi dalla S.A.*" e "*a documentarsi alla istante richiedente*": è chiaro che la richiesta ostensiva abbia a oggetto l'attività istruttoria, di verifica e valutazione compiuta dall'amministrazione sulle vicende richiamate).

Per tali ragioni, neppure la seconda istanza d'accesso e relativo diniego costituisce preclusione rispetto alla richiesta d'accesso qui in rilievo.

Tutto quanto sopra in un contesto peraltro in cui lo stesso provvedimento di diniego qui impugnato è autonomo e distinto dalle precedenti vicende inerenti l'accesso.

2.2.2. Parzialmente fondati sono invece gli ulteriori profili di doglianza, nei termini e per le ragioni che seguono.

Come già anticipato, l'istanza si colloca nell'ambito di un giudizio avverso l'aggiudicazione disposta in favore della -OMISSIS- all'esito delle nuove verifiche *ex art. 80, comma 5, lett. c)*, d.lgs. n. 50 del 2016 eseguite dalla stazione appaltante.

2.2.2.1. Va premesso al riguardo, sul tema dell'accesso difensivo, che la giurisprudenza ha chiarito in termini generali come lo stesso sia consentito a condizione che la parte dimostri la necessità (o la stretta indispensabilità, al ricorrere di segreti) della conoscenza del documento in presenza di un "nesso di strumentalità", tra il diritto all'accesso e la situazione giuridica "finale", da accertare mediante giudizio prognostico *ex ante*, nel senso cioè che il documento richiesto è stimato necessario ad acquisire elementi di prova in ordine ai fatti - principali e secondari - integranti la fattispecie costitutiva della situazione giuridica finale controversa e delle pretese astrattamente azionabili in giudizio (Cons. Stato, Ad. plen., 25 settembre 2020, n. 19, 20 e 21; Id., V, 3 maggio 2021, n. 5349; 7 febbraio 2022, n. 851).

È inoltre richiesto che la situazione soggettiva "finale", direttamente riferibile al richiedente, sia "*concretamente e obiettivamente incerta e controversa tra le parti*", per essere in corso una "*crisi di cooperazione*", quanto meno da pretesa contestata, non essendo sufficiente un'incertezza meramente ipotetica e subiettiva, anche se non sia ancora pendente un processo in sede giurisdizionale.

Ancora, al fine di verificare la corrispondenza tra la situazione (sostanziale) giuridicamente tutelata e i fatti (principali e secondari) di cui la stessa fattispecie si compone, l'interprete è tenuto a operare "*in termini di pratica sussunzione*" il raffronto tra la fattispecie concreta di cui la parte domanda tutela in giudizio e l'astratto paradigma legale che ne costituisce la base legale. Il giudizio sull'interesse legittimante è ancorato inoltre ai canoni della "immediatezza", "concretezza" e "attualità" (secondo l'indicazione dell'art. 22, comma 1, lett. b), l. n. 241 del 1990).

L'istante deve infine dimostrare la corrispondenza, mediante la quale "*è circoscritto l'interesse all'accesso agli atti solo ad una situazione giuridicamente tutelata*"; e

il collegamento, nel senso che il legislatore richiede non solo che la situazione legittimante l'accesso sia corrispondente al contenuto di un astratto paradigma legale, ma sia anche collegata al documento in modo da evidenziare in maniera diretta ed univoca il nesso di strumentalità che avvince la situazione soggettiva finale al documento, e per l'ottenimento del quale l'accesso difensivo, in quanto situazione strumentale, fa da tramite (cfr. ancora, su tutto quanto sopra, Cons. Stato, n. 3459 del 2021, cit.; n. 851 del 2022, cit.; cfr. anche Cons. Stato, Ad. plen., 18 marzo 2021, n. 4).

2.2.2.2. Nel caso di specie, non v'è dubbio che in relazione a molti dei documenti richiesti dall'istante siano ravvisabili tutti i necessari presupposti enunciati dalla giurisprudenza per poter dar corso all'accesso.

Va considerato infatti che, a seguito della sentenza n. 435 del 2021 del Tar, confermata dalla sentenza n. 5345 del 2022 di questo Consiglio di Stato, era richiesta all'amministrazione - come emerge dalla stessa nuova delibera di aggiudicazione impugnata - una nuova attività, consistente nella valutazione *ex art. 80, comma 5, lett. c)*, d.lgs. 50 del 2016 di potenziali pregressi illeciti, e una successiva determinazione amministrativa.

Senz'altro rispetto a tale attività la ricorrente in primo grado nutre, quale seconda classificata in graduatoria, un qualificato interesse conoscitivo, strumentale alla formulazione di doglianze volte a vedere esclusa la controinteressata e aggiudicata a sé la commessa.

Nell'ambito di tale interesse conoscitivo (e a prescindere dall'apprezzamento di merito, e dalla stessa effettiva ammissibilità delle doglianze che la ricorrente dovesse formulare a seguito dell'accesso) rientrano anche le eventuali attività di verifica svolte dalla stazione appaltante in relazione alla attuale integrazione dei requisiti in capo alla controinteressata, stante anche la previsione generale di cui all'art. 80, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016 e il principio di continuità nel possesso dei requisiti (su cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8; cfr. peraltro, in termini generali, Id., 2 aprile 2020, n. 10, in relazione all'interesse

del concorrente ad avere conoscenza anche degli sviluppi dell'affidamento successivi alla gara, ad esempio in fase esecutiva).

Rientrano chiaramente in tale perimetro i documenti di cui al n. 6 dell'istanza (inerenti agli atti del sub-procedimento di verifica *ex art.* 80, comma 5, lett. *c*), d.lgs. n. 50 del 2016 compiuto dall'amministrazione a seguito della sentenza n. 435 del 2021 del Tar) e n. 8 (concernenti la verifica del possesso dei requisiti all'esito della determina di aggiudicazione n. -OMISSIS- del 2022, verifica cui tale stessa d.d. rimanda), ma anche al n. 7, cioè "*documenti e corrispondenza*" relativi alle vicende societarie della -OMISSIS-, per come espressamente menzionate dalla determina di aggiudicazione, e perciò prese in considerazione dall'Inps nella qualità di stazione appaltante.

Il che vale peraltro anche per gli altri documenti inerenti alle verifiche dei requisiti, non potendosi escludere un'utilità (e sussistendone una strumentalità) per l'apprezzamento di vizi propri della (nuova) analoga attività svolta dalla stazione appaltante, e per gli atti procedurali generali facenti parte dell'unica procedura di gara (è il caso, rispettivamente, dei documenti *sub* n. 3 e n. 9, nella misura in cui non già ostesi dall'amministrazione), impregiudicata ancora una volta ogni valutazione di merito (e di stessa ammissibilità) delle eventuali doglianze formulate dall'interessata.

Ancora, proprio in quanto afferenti all'unitaria procedura e correlati a istanze proposte dallo stesso Rti ricorrente in primo grado ai fini dell'attività di verifica e valutazione da parte della stazione appaltante, non vi sono ragioni per le quali non debba darsi accesso alla versione protocollata degli inviti trasmessi dallo stesso Rti, in una alle eventuali conseguenti attività svolte dalla stazione appaltante (documenti *sub* n. 4 e 5 dell'istanza d'accesso), essendo anche in questo caso ravvisabili i requisiti di strumentalità nei sensi suindicati.

Analoghe considerazioni valgono per i documenti di cui ai punti *sub* A), B) e C) - punti qui rilevanti sempre e solo nella prospettiva dell'accesso - in relazione alle eventuali istruttorie (anche con attività d'acquisizione di documentazione eseguita dall'amministrazione) e valutazioni effettuate

dall'Inps in qualità di stazione appaltante, non competendo per converso al presente giudizio né la cognizione sulla necessità che l'amministrazione dia seguito alle richieste di (e dunque esegua effettivamente le) attività d'acquisizione e verifica sollecitate dall'interessata, né l'ostensione di atti diversi da quelli inerenti alle dette attività istruttorie, valutative e procedurali compiute dall'Inps quale stazione appaltante, come l'istanza stessa indicava (cfr. la detta istanza: “*di tali valutazioni e verifiche richieste (lettere A; B, C) [...] si chiede anche darsi evidenza in accesso*”).

Rispetto a tutti i suesposti documenti l'istanza proposta non può ritenersi meramente esplorativa, in quanto volta a conoscere elementi della procedura potenzialmente rilevanti a fini difensivi e rispetto ai quali esiste la *strumentalità* o *necessità* in funzione delle censure prospettabili a tutela dell'interesse sostanziale vantato dal secondo classificato (che evoca espressamente, nell'istanza, anche i riferimenti al necessario perdurare continuativo dei requisiti), tenuto conto del resto che al giudice non è demandata una valutazione preventiva sulla *utilità finale* o *decisività* nel merito del documento, considerato d'altra parte che non sono conoscibili *ex ante* tutti i profili di doglianza (e gli stessi vizi dell'azione amministrativa) che dall'ostensione possano scaturire (cfr., in generale, Cons. Stato, n. 851 del 2022 e richiami *ivi*). In tal senso va letta peraltro (o, comunque, precisata) l'ordinanza impugnata (e, in ogni caso, va apprezzata l'istanza, con conferma del suo accoglimento *in parte qua*) laddove afferma che l'accesso è finalizzato a soddisfare il mero bisogno di conoscenza: non già per sovrapporre così l'accesso difensivo *ex art. 53 d.lgs. 50 del 2016* a quello civico generalizzato, ma volendo far valere l'autonomia della valutazione sull'ostensione documentale (ancorata alla sola strumentalità o “necessità” dell'atto) rispetto all'utilità processuale finale del documento.

Per tali ragioni, va confermato l'accoglimento del ricorso *ex art. 116, comma 2, Cod. proc. amm.* in relazione ai suddetti documenti (inclusi i correlati atti procedurali, richiamati dall'istante in termini specificativi e complementari

nella parte finale dell'istanza), salve le limitazioni di cui *infra* (cfr. *infra*, *sub* § 3 ss.).

Né osta all'accesso dei detti documenti la circostanza che la ricorrente in primo grado abbia frattanto proposto tre ricorsi per motivi aggiunti, atteso che ciò non vale a superare di per sé il diniego all'accesso disposto dall'amministrazione con la nota del 2 settembre 2020, né è fornita specifica prova dell'ostensione frattanto dei documenti richiesti (e di quali) in favore della -OMISSIS-, sicché l'eccezione non vale a rendere inammissibile *tout court* l'*actio ad exhibendum*.

2.2.2.3. Diversa valutazione va svolta invece sugli altri documenti, di cui al n. 1 (con riferimento, specificamente, all'offerta tecnica ed economica della controinteressata, non anche alla documentazione amministrativa, anch'essa accessibile in quanto complementare alla verifica dei requisiti) e n. 2 (inerente al sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta).

Tali documenti non si pongono, all'evidenza, in nesso di strumentalità rispetto a domande volte all'annullamento e alla censura dell'azione amministrativa posteriore alla sentenza n. 435 del 2021 del Tar.

Né d'altra parte la -OMISSIS- indica per quali ragioni tale nesso di strumentalità o profilo di necessità sarebbe ravvisabile.

D'altra parte, lo stesso giudice di primo grado ha posto in risalto in sede cautelare, seppure a una sommaria delibazione, che *“il ricorso sembra in parte inammissibile, in quanto dopo il giudicato l'unica cosa che potrebbe essere contestata è l'operato successivo della stazione appaltante, di esecuzione del giudicato”* (cfr. ordinanza n. 135 del 2022, confermata all'ordinanza n. 4835 del 2022 di questa V Sezione).

In tale contesto, occorre considerare le peculiarità che l'istanza *ex art.* 116, comma 2, Cod. proc. amm. e la relativa ordinanza presentano, come poste in evidenza dalla già citata sentenza n. 4 del 2023 dell'Adunanza plenaria: pur avendo siffatta ordinanza un contenuto decisorio, *“così come avviene nel caso di ricorso proposto in via autonoma”*, rimangono ferme infatti alcune particolarità

proprie del procedimento *ex art. 116, comma 2, Cod. proc. amm.*, date dal fatto che *“si tratta di un accesso difensivo ‘qualificato’ dalla circostanza che la documentazione richiesta deve essere strumentale alla tutela delle situazioni giuridiche che sono state fatte valere in uno specifico processo amministrativo in corso di svolgimento”*. In questo senso *“si spiega anche il riferimento alla «connessione», contenuto nel secondo comma dell’art. 116 cod. proc. amm.”*.

A ciò è correlato d’altra parte il fatto che *“la disposizione [...] consente al giudice di non decidere in ordine all’istanza di accesso con ordinanza, ma di deciderla con la sentenza che definisce il giudizio”*, previsione che si spiega *“proprio nella logica della «connessione» della domanda con il giudizio in corso, che potrebbe indurre il giudice della causa principale a rinviare, ad esempio, la decisione incidentale sull’accesso al momento di adozione della sentenza, qualora ritenga che quella documentazione non risulti necessaria ai fini della definizione del giudizio”*.

Alla luce di ciò, a fronte della paventata inammissibilità delle domande proposte dalla ricorrente in relazione ai tratti dell’azione amministrativa anteriori alla sentenza n. 435 del 2021, e considerato che a tali tratti si riferiscono i documenti di cui al n. 1 (*sub* offerta tecnica ed economica) e 2 dell’istanza, senza che sia emerso (né la ricorrente abbia manifestato) un nesso, neppure indiretto, fra tali documenti e *“l’operato successivo della stazione appaltante, di esecuzione del giudicato”*, va riformata l’ordinanza nella parte in cui ammette l’accesso anche rispetto a tali documenti anziché rinviare lo scrutinio dell’istanza, unitamente al merito, alla valutazione di ammissibilità - che compete al giudice di primo grado, in quanto investito del merito della controversia - delle domande alle quali tali documenti si manifestano correlati. In ciò l’ordinanza va dunque riformata, in relazione al capo che ammette *tout court* l’accesso sui detti documenti *sub* n. 1) e 2) nei termini suindicati, la cui istanza va esaminata invece unitamente allo scrutinio di ammissibilità delle pertinenti domande, con sentenza (anche non definitiva, per esempio in caso d’accoglimento, in tutto o in parte, dell’accesso superato il vaglio di

ammissibilità delle corrispondenti domande) od eventualmente negandolo in caso di ritenuta inammissibilità.

2.2.2.4. Non assumono infine rilievo le residue censure proposte dall'appellante, nell'ambito del secondo motivo di gravame, inerenti all'affermazione dell'assenza di controinteressati in relazione all'accesso: il profilo non ha evidentemente rilevanza rispetto ai documenti su cui l'appello è accolto nei sensi indicati, mentre su quelli accessibili l'affermazione è parimenti priva di rilievo, stante la mancata pretermissione in sede procedimentale della -OMISSIS- (che ha presentato osservazioni ai sensi del d.P.R. n. 184 del 2006) e la diretta devoluzione nella presente sede delle doglianze afferenti alla dedotta sussistenza di elementi di segretezza o riservatezza nei documenti oggetto d'accesso (su cui cfr. *infra, sub* § 3 ss.).

3. Col terzo motivo la -OMISSIS- si duole dell'omessa considerazione, da parte del giudice di primo grado, del fatto che i documenti richiesti dalla -OMISSIS- contengono dati riservati (anche di terzi) e coperti da segreto tecnico, come tali non ostensibili.

Parimenti l'ordinanza recherebbe pregiudizio alla riservatezza dei dati sensibili dei lavoratori, in relazione ad esempio ai pretesi mancati versamenti dei contributi Inps in favore di alcuni addetti, ovvero all'erogazione di indennità chilometriche, ciò rispetto a cui non è stata prevista alcuna forma di tutela o di oscuramento a garanzia della *privacy* dei soggetti coinvolti.

3.1. Il motivo è parzialmente fondato, nei termini di seguito esposti.

3.1.1. Chiaramente, la doglianza assume qui rilievo in relazione ai soli documenti per i quali l'accesso risulta confermato.

Rispetto agli stessi, il motivo è suscettibile di favorevole considerazione - in una alle connesse censure sollevate nell'ambito del primo motivo, inerenti alla non strumentalità e necessità (di alcuni) degli elementi richiesti - esclusivamente con riguardo agli eventuali dati personali dei lavoratori presenti nella documentazione da ostendere, che vanno oscurati in quanto di

per sé non strumentali all'azione introdotta dalla -OMISSIS-, che alcuno specifico interesse ha del resto argomentato e posto in risalto al riguardo.

Al di là di tali dati, l'appellante non evidenzia invece circostanziate ragioni di segretezza rinvenibili nei documenti da ostendere, né confuta l'affermazione dell'ordinanza di primo grado per cui i detti documenti risultano privi di siffatti elementi di segretezza, rilevanti ai sensi dell'art. 53, comma 5, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016 ai fini della sottrazione all'accesso.

Per tali ragioni, al di fuori del suddetto profilo inerente ai dati personali dei lavoratori, la doglianza non merita accoglimento.

4. Rispetto a tutto quanto suesposto non conducono a diverse conclusioni i “*motivi assorbiti dall'ordinanza n. 712/2022*” riproposti dalla -OMISSIS-, considerato che gli stessi sono in parte assorbiti dal rigetto *in parte qua* dell'appello (*i.e.*, in relazione ai documenti e profili su cui l'appello viene respinto), mentre nella restante parte non valgono a superare quanto sopra ritenuto, in termini assorbenti, sulla necessità di esaminare nella specie l'istanza d'accesso *ex art.* 116, comma 2, Cod. proc. amm. in via non disgiunta dallo scrutinio di ammissibilità delle pertinenti domande, salve le valutazioni che in quella sede competeranno al giudice di merito.

5. In conclusione, per le suesposte ragioni, l'appello va parzialmente accolto, nei termini suindicati, con conseguente parziale riforma dell'ordinanza impugnata, nei sensi suindicati.

5.1. La complessità e parziale novità di alcune delle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie parzialmente, nei sensi di cui in motivazione, e, per l'effetto, riforma parzialmente l'ordinanza impugnata, come in motivazione;

Compensa integralmente le spese fra le parti.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le parti private.

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

Diego Sabatino, Presidente

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE

Alberto Urso

IL PRESIDENTE

Diego Sabatino

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.