



La redazione di
TUTTOGARE PA

N. 07963/2020REG.PROV.COLL.

N. 04907/2020 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 4907 del 2020, proposto da Officina Catucci di Catucci Carmela & C. s.a.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Augusto Bonazzi, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Prefettura di Bari - Ufficio Territoriale del Governo, Agenzia del Demanio di Puglia e Basilicata, Ministero dell'Interno, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

Scaringella S.r.l., in proprio e quale impresa mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese Depositerie Riunite dell'Area Metropolitana di Bari, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione Prima, n. 00451/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;



La redazione di
TUTTOGARE PA

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Prefettura-Ufficio Territoriale del Governo di Bari, dell'Agencia del Demanio e del Ministero dell'Interno;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 settembre 2020 il consigliere Angela Rotondano e viste le richieste di passaggio in decisione, senza discussione, degli avvocati Bonazzi e dello Stato Bacosi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'Officina Catucci di Catucci Carmela & C. s.a.s. (di seguito "*Officina Catucci*"), mandataria del costituendo R.T.I. composto dalle imprese mandanti De Martino s.r.l., Centrauto Topputo s.r.l. e Ficco s.r.l., partecipava alla procedura di gara indetta dalle odierne amministrazioni appellate, avente ad oggetto "*l'affidamento, per l'ambito territoriale della Città Metropolitana di Bari, del servizio di recupero, custodia e acquisto dei veicoli oggetto dei provvedimenti di sequestro amministrativo, fermo o confisca ai sensi dell'articolo 214 bis del D.Lgs. 30 aprile 1992, n. 285*", classificandosi seconda in graduatoria.

Le stazioni appaltanti, con provvedimento datato 18 dicembre 2017, aggiudicavano il servizio al r.t.i. "Depositerie Riunite dell'Area Metropolitana di Bari", con impresa mandataria Scaringella s.r.l.

2. Con ricorso ritualmente notificato l'Officina Catucci adiva il Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia per l'accertamento del suo diritto all'accesso della documentazione di gara (comunicazioni, verbali e atti della Commissione e della Stazione appaltante) adottata successivamente alla pubblicazione della sentenza dello stesso T.a.r. n. 1059 del 23 luglio 2020



La redazione di
TUTTOGARE PA

(successivamente appellata dinanzi al Consiglio di Stato), che aveva respinto il suo ricorso avverso l'aggiudicazione della gara.

La ricorrente si doleva dell'inerzia delle stazioni appaltanti, protrattasi ben oltre i termini di legge, rispetto a due istanze di accesso agli atti (formulate in data 2 settembre 2019 e 7 ottobre 2019) ed a fronte del riscontro di talune asserite irregolarità nell'esecuzione dell'appalto.

Assumeva che la documentazione oggetto delle istanze di accesso presentate le avrebbe consentito di dimostrare che era stato consentito al raggruppamento aggiudicatario di sanare una serie di irregolarità accertate rispetto ai requisiti tecnico-organizzativi il cui possesso era stato dichiarato da quest'ultimo al momento della presentazione dell'offerta.

3. Con la sentenza indicata in epigrafe, nella resistenza delle Amministrazioni intimete, il tribunale ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto.

4. Avverso la sentenza ha proposto appello la ricorrente Officina Catucci, deducendone la complessiva erroneità e ingiustizia e invocandone l'integrale riforma.

In particolare, l'appellante ha lamentato: “*Error iudicando*: erroneità della sentenza per errati presupposti di fatto e di diritto- vizio di motivazione-illogicità intrinseca”.

Si sono costituite in giudizio la Prefettura- Ufficio Territoriale del Governo di Bari e l'Agenzia del Demanio di Puglia e Basilicata, insistendo per il rigetto dell'appello.

Si è costituito anche il Ministero dell'Interno.

Alla Camera di Consiglio del 10 settembre 2020, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

5. La sentenza appellata ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto, ritenendo che l'accesso in esame mirerebbe a svolgere “*un controllo generalizzato sull'attività delle Pubbliche*



La redazione di
TUTTOGARE PA

Amministrazioni resistenti svincolato da qualunque precisa utilità giuridica rispetto alla tutela degli interessi sostanziali e processuali di parte ricorrente”.

5.1. Secondo il tribunale, premesso in generale che l’interesse all’ostensione di atti e documenti deve essere finalizzato alla tutela di situazioni giuridicamente rilevanti e che non è possibile un controllo generalizzato sull’attività amministrativa, risultando necessario un collegamento funzionale tra l’interesse azionato e la documentazione oggetto di accesso, nel caso di specie parte ricorrente aveva già provveduto a tutelare la propria posizione rispetto alla gara in questione mediante un precedente giudizio all’esito del quale era risultata soccombente, di modo che - *rebus sic stantibus* e salvo un’eventuale riforma della sentenza di prime cure da parte del Consiglio di Stato - non sussistevano ulteriori possibilità di conseguire l’aggiudicazione cui lo spiegato accesso, in ultima analisi, era finalizzato: ne conseguiva viene che la ricorrente non aveva alcun apprezzabile interesse a svolgere un’ulteriore attività di controllo che è stata già attivata nella sede giurisdizionale propria.

A tutto voler concedere, detto eventuale controllo non competeva comunque alla concorrente che avrebbe potuto aspirare all’aggiudicazione, ma all’Amministrazione interessata al buon esito dell’esecuzione del contratto di appalto. Ad ogni modo, in nessun caso tale controllo poteva essere autonomamente esercitato da terzi, quasi in chiave surrogatoria rispetto alla Pubblica Amministrazione, unica a potersene legittimamente fare carico.

5.3. Su queste basi, la sentenza appellata ha concluso per l’insussistenza dei presupposti di accoglimento della domanda di accesso.

6. L’appellante censura le ridette statuizioni, invocando a sostegno del gravame i principi affermati dall’Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato nella decisione n. 10 del 2 aprile 2020 che ha riconosciuto la legittimazione degli operatori economici che hanno preso parte alla gara pubblica ad



La redazione di
TUTTOGARE PA

accedere agli atti della fase esecutiva purché abbiano un interesse attuale, concreto, diretto e attuale a conoscere tali atti.

7. L'appello è fondato.

7.1. Giova evidenziare che l'appellante ha anzitutto richiamato la nota del Prefetto di Bari e del Direttore dell'Agenzia del Demanio prot 1804 del 9 gennaio 2019, in cui si dava atto delle risultanze degli accertamenti svolti dalla ASL e dai Vigili del Fuoco di Bari, propedeutici all'avvio del servizio ed utili ai fini dell'aggiornamento dell'elenco prefettizio delle depositerie: dalla stessa si evinceva che la Commissione aveva accertato l'esistenza di talune difformità su alcune depositerie, ritenute mere irregolarità sanabili mediante opportune prescrizioni tecniche.

7.2. Con istanza del 2 settembre 2019 l'odierna appellante chiedeva pertanto alle stazioni appaltanti di conoscere le prescrizioni tecniche formulate nei confronti dell'aggiudicataria della procedura di gara, reiterando quindi la richiesta (con istanza del 7 ottobre 2019) a fronte del mancato riscontro da parte delle Amministrazioni.

7.3. Tanto premesso, l'appello merita accoglimento in applicazione dei principi affermati dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato, con la sentenza n. 10 del 2 aprile 2020, la quale, nel delineare le condizioni e i limiti dell'esercizio del diritto di accesso in questione, ha statuito che gli operatori economici, che hanno preso parte alla gara, sono legittimati ad accedere agli atti della fase esecutiva con le limitazioni di cui all'art. 53 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, purché abbiano un interesse attuale, concreto e diretto a conoscere tali atti.

L'accesso documentale agli atti della fase esecutiva è infatti ammesso espressamente dall'art. 53, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, laddove esso rimette alla disciplina degli artt. 22 e ss. della l. n. 241 del 1990, *“il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei*



La redazione di
TUTTOGARE PA

contratti pubblici”, ma anche e più in generale dalla l. n. 241 del 1990, richiamata dall’art. 53 testè citato.

7.4. In particolare, per quanto di interesse al presente giudizio, la decisione dell’Adunanza Plenaria ha rammentato che la giurisprudenza è univoca nell’ammettere l’accesso documentale, ricorrendone le condizioni previste dagli artt. 22 e ss. dell’art. 241 del 1990, anche agli atti della fase esecutiva (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1115) laddove funzionale, ad esempio, a dimostrare, attraverso la prova dell’inadempimento delle prestazioni contrattuali, l’originaria inadeguatezza dell’offerta vincitrice della gara, contestata dall’istante nel giudizio promosso contro gli atti di aggiudicazione del servizio.

7.5. Si è, in altri termini, ribadita l’esistenza di una *“rilevanza pubblicistica (anche) della fase di esecuzione del contratto, dovuta alla compresenza di fondamentali interessi pubblici (...)”*; ciò in quanto l’attuazione in concreto dell’offerta risultata migliore, all’esito della gara, e l’adempimento delle connesse prestazioni dell’appaltatore o del concessionario devono *“essere lo specchio fedele di quanto risultato all’esito di un corretto confronto in sede di gara, perché altrimenti sarebbe facile aggirare in sede di esecuzione proprio le regole del buon andamento, della trasparenza e, non da ultimo, della concorrenza, formalmente seguite nella fase pubblicistica anteriore e prodromica all’aggiudicazione. (...)”*. Ed infatti, anche e, si direbbe, soprattutto la fase esecutiva rimane ispirata e finalizzata alla cura in concreto di un pubblico interesse, lo stesso che è alla base dell’indizione della gara e/o dell’affidamento della commessa, che trova anzi la sua compiuta realizzazione proprio nella fase di esecuzione dell’opera o del servizio.

Si è poi affermato che lo stesso accesso documentale, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce, come prevede l’art. 22, comma 2, della l. n. 241 del 1990, siccome sostituito dall’art. 10 della l. n. 69 del 2009, *“principio generale dell’attività amministrativa al fine di favorire*



La redazione di
TUTTOGARE PA

la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza»: dell'attività amministrativa, quindi, considerata nel suo complesso. (...)».

Su queste premesse, l'Adunanza Plenaria ha quindi chiarito che “(...) Il delineato quadro normativo e di principi rende ben evidente l'esistenza di situazioni giuridicamente tutelate in capo agli altri operatori economici, che abbiano partecipato alla gara e, in certe ipotesi, che non abbiano partecipato alla gara, interessati a conoscere illegittimità o inadempimenti manifestatisi dalla fase di approvazione del contratto sino alla sua completa esecuzione, non solo per far valere vizi originari dell'offerta nel giudizio promosso contro l'aggiudicazione (Cons. St., sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1115), ma anche con riferimento alla sua esecuzione, per potere, una volta risolto il rapporto con l'aggiudicatario, subentrare nel contratto od ottenere la riedizione della gara con chance di aggiudicarsela. (...)».

7.6. Alla luce dei principi richiamati ritiene il Collegio che, nella fattispecie in esame, sussistano i presupposti per l'accoglimento della domanda di accesso, in quanto, per un verso, la domanda di esibizione della documentazione di gara non mira affatto a svolgere alcun controllo generalizzato sull'attività amministrativa e, per altro verso, sussiste un precipuo interesse, sostanziale e processuale, della ricorrente, la quale ha partecipato alla gara classificandosi seconda in graduatoria ed ha sindacato l'ammissione dell'odierna controinteressata proprio per la carenza dei requisiti in suo possesso.

7.7. Assume, infatti, l'appellante che le stazioni Appaltanti avrebbero accertato sia la sussistenza di carenze tecniche (testualmente, “difformità” e “irregolarità”) nell'offerta depositata dal r.t.i. aggiudicatario, sia la circostanza che ne sia stata consentita una sanatoria *ex post*.

Pertanto, la domanda di accesso formulata dall'odierna appellante era in sostanza strumentale e funzionale a verificare quale fosse la consistenza delle difformità ed irregolarità di cui era gravata



La redazione di
TUTTOGARE PA

l'offerta del concorrente e come ed in quali termini e modalità le Stazioni Appaltanti abbiano consentito di sanarle.

7.8. Ferma la sussistenza in capo al partecipante alla gara di un interesse legittimo alla conoscenza delle prescrizioni per lo svolgimento del rapporto contrattuale, deve poi anche evidenziarsi che nella fattispecie in esame l'interesse dell'istante, ai fini dell'accesso, può considerarsi concreto, attuale, diretto, oltre che preesistente all'istanza di accesso e non costituente mera conseguenza dell'ostensione documentale richiesta.

L'appellante assume infatti il verificarsi di situazioni (le difformità riscontrate e la consentita sanatoria *ex post*) che, in prospettiva, legittimerebbero o addirittura imporrebbero la risoluzione del rapporto con l'appaltatore, ai sensi dell'art. 108, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 50 del 2016, e potrebbero indurre l'Amministrazione a scorrere la graduatoria.

Tali situazioni di cui si asserisce l'esistenza sono anteriori all'istanza di accesso documentale che, quindi, è priva di inammissibili finalità esplorative e non risulta preordinata a costruire le premesse affinché dette situazioni (e il correlato interesse a ricorrere) sorgano *ex post*.

Orbene è evidente che nella fattispecie risulti soddisfatto anche tale ulteriore requisito, atteso che ciò che emergerà – o semplicemente potrebbe emergere – dall'acquisizione documentale inutilmente richiesta potrebbe consentire all'odierna appellante di formulare nuovi rilievi e motivi aggiunti nell'ambito del giudizio di appello pendente dinanzi al Consiglio di Stato, ove si controverte della legittimità dell'aggiudicazione della gara in favore del raggruppamento controinteressato.

7.9. In definitiva, nell'ambito del contesto delineato, diversamente da quanto ritenuto dal primo giudice, è erroneo ritenere che l'esito dell'accesso non sia finalizzato all'aggiudicazione della gara in favore dell'odierna appellante e che non sussista alcun apprezzabile interesse a controllare l'operato delle Stazioni Appaltanti in virtù di quanto emergerà dall'acquisizione documentale.



La redazione di
TUTTOGARE PA

Parimenti non può ritenersi che il controllo sulle irregolarità accertate rispetto ai requisiti tecnico-organizzativi posseduti dal concorrente aggiudicatario sia ascrivibile unicamente alla sfera di competenza ed interesse delle stazioni appaltanti, dovendo invece riconoscersi che ben possa il concorrente secondo classificato verificare se sussistevano o meno tutti i presupposti per l'aggiudicazione e la stipula del contratto.

In definitiva l'accesso in parola, più che a svolgere un controllo generalizzato, è funzionale alla difesa in giudizio (stante la pendenza, al momento della presentazione dell'istanza di accesso, del giudizio contro l'aggiudicazione della gara). Non è dunque revocabile in dubbio che vi sia un interesse diretto, concreto e attuale della ricorrente ad accedere alla documentazione di cui si chiede l'esibizione, attinente alle verifiche eseguite nei confronti dell'aggiudicatario ai fini della stipula del contratto nonché alla prescrizioni tecniche che formulate ai fini della futura esecuzione del servizio, allo scopo di procedere all'effettivo accertamento in ordine al possesso dei requisiti di gara.

Anche a non voler poi considerare l'incidenza che tali atti potrebbero avere sull'impugnativa dell'aggiudicazione, ciò non esclude che potrebbe esservi, inoltre, l'interesse a contestare, con autonomo ricorso, anche gli atti sopravvenuti nelle more del giudizio che hanno consentito di sanare le irregolarità accertate e a verificare il mantenimento, anche nella fase esecutiva, dei requisiti prescritti, onde subentrare, in caso negativo, nell'esecuzione del servizio.

Non possono pertanto condividersi le argomentazioni svolte dalle Amministrazioni resistenti circa l'inesistenza del diritto della ricorrente ad ottenere l'accesso della documentazione, specificata nelle istanze presentate al fine di tutelare la propria posizione giuridica, sull'assunto che l'attività di verifica in corso da parte delle stazioni appaltanti non riguarderebbe l'esistenza dei requisiti di carattere generale di cui all'art.80 del D. Lgs. n. 50/2016, né dei requisiti richiesti dalla *lex specialis*, bensì esclusivamente l'insussistenza di motivi che potrebbero eventualmente precludere la



La redazione di
TUTTOGARE PA

stipulazione del contratto e attinenti alla mera fase esecutiva, rispetto alla quale la società ricorrente risulterebbe totalmente estranea, non potendo quindi vantare alcuna posizione giuridicamente rilevante.

9. In conclusione, in accoglimento dell'appello proposto dall'Officina Catucci, ed in riforma della impugnata sentenza, va ordinato alle amministrazioni appellate di dare ostensione agli atti e alla documentazione relativa alla procedura di gara avente ad oggetto *“l'affidamento, per l'ambito territoriale della Città Metropolitana di Bari, del servizio di recupero, custodia e acquisto dei veicoli oggetto dei provvedimenti di sequestro amministrativo, fermo o confisca ai sensi dell'articolo 214 bis del D.lgs. 30.04.92 n. 285/92”*, richiesta dall'impresa appellante con le istanze di accesso su indicate.

10. Sussistono giusti motivi, in considerazione della peculiarità della vicenda e della parziale novità delle questioni trattate, per disporre la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della impugnata sentenza accoglie il ricorso di primo grado e ordina alla Prefettura- Ufficio del Governo di Bari e all'Agenzia del Demanio di Puglia e Basilicata l'esibizione degli atti e della documentazione oggetto delle istanze di accesso formulate dall'appellante Officina Catucci di Catucci Carmela & C. s.a.s. indicate in motivazione.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 settembre 2020 con l'intervento dei magistrati:



La redazione di
TUTTOGARE PA

Carlo Saltelli, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO