

Publicato il 08/05/2023

N. 04599/2023REG.PROV.COLL.
N. 03528/2022 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3528 del 2022, proposto dalla società - OMISSIS- s.p.a. in proprio e quale mandataria del costituendo R.t.i. con - OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia, Gennaro Macri e Mario Pagliarulo, con domicilio digitale come da pec da registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

contro

dell'Agenzia territoriale dell'Emilia Romagna per i servizi idrici e rifiuti – Atersir, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Franco Mastragostino, con domicilio digitale come da pec da registri di giustizia;

nei confronti

della società -OMISSIS- s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Daniela Anselmi, Giulio Bertone e Filippo Pacciani, con domicilio digitale come da pec da registri di giustizia e

domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Filippo Pacciani in Roma, via di San Nicola Da Tolentino, n. 67;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna, sezione staccata di Parma, -OMISSIS-, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della società -OMISSIS- s.p.a. e dell'Agenzia territoriale dell'Emilia Romagna per i servizi idrici e rifiuti – Atersir;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 marzo 2023 il consigliere Michele Conforti e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Consiglio di Stato l'appello proposto dalla società -OMISSIS- s.p.a., nonché l'appello incidentale proposto dalla società -OMISSIS- s.p.a. avverso la sentenza del T.a.r. per l'Emilia Romagna, sezione staccata di Parma, del -OMISSIS-.

2. In primo grado, la società odierna appellante (anche nella sua qualità di mandataria del R.t.i. con la ditta -OMISSIS-) ha impugnato, domandandone l'annullamento:

a) la determina dirigenziale -OMISSIS-, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione in favore di -OMISSIS- s.p.a. della gara per l'affidamento in concessione del servizio pubblico di gestione integrata dei rifiuti urbani e assimilati nel bacino territoriale di Piacenza – CIG:-OMISSIS-, per un importo pari a Euro 481.099.340,00;

b) ogni altro atto connesso, consequenziale e presupposto, ivi inclusi tutti i verbali di gara nonché la determina -OMISSIS-, avente ad oggetto “*Esito di verifica di congruità dell'offerta e proposta di aggiudicazione ai sensi, rispettivamente, degli*

articoli 97, c. 3 e 32 del D.lgs. n. 50/2016”, con la quale si è preso atto dei verbali prodotti dalla Commissione giudicatrice, si è approvata la relazione allegata (del pari impugnata) contenente le risultanze dell’istruttoria della verifica di congruità e si è proposta l’aggiudicazione in favore di -OMISSIS- s.p.a.;

c) “*per quanto occorra*”, tutti gli atti costituenti la *lex specialis* di gara, ivi inclusi il “*bando integrale e il capitolato d'oneri*”.

2.1. La società ricorrente ha domandato, altresì:

a) la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato;

b) la declaratoria del diritto del raggruppamento ricorrente al subentro nel medesimo;

c) la declaratoria del “diritto” di accesso ai documenti costituenti l’offerta tecnica ed economica dell’aggiudicataria e ai documenti del procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta medesima, previo, ove occorra, annullamento delle note di Atersir di diniego parziale di accesso del 16 agosto 2021 e del 3 settembre 2021.

2.2. Con i motivi aggiunti depositati in data 21 ottobre 2021, la ricorrente (parimenti anche nella sua qualità di mandataria del R.t.i. con la ditta -OMISSIS-) ha domandato l’annullamento:

a) della determinazione -OMISSIS-, con la quale Atersir dichiarava efficace l’aggiudicazione già pronunciata con la determinazione n. -OMISSIS-;

b) della nota prot. PG.AT/-OMISSIS-, con la quale Atersir confermava quanto indicato nelle precedenti interlocuzioni con riferimento all’istanza di accesso già presentata da -OMISSIS- s.p.a..

2.3. Con la proposizione del ricorso incidentale, la società controinteressata -OMISSIS- s.p.a. ha impugnato:

a) la determinazione dirigenziale Atersir -OMISSIS-, comunicata via PEC il 9 giugno 2021, con la quale è stata confermata l’ammissione in gara di -OMISSIS-;

b) la “*Relazione conclusiva del supplemento istruttorio sull’esistenza delle cause di esclusione di cui all’art. 80, c. 5, lett. c) D.Lgs. n. 50/2016 con riferimento all’operatore*

economico RTI -OMISSIS- S.p.A./-OMISSIS-”, allegata alla determina Atersir -OMISSIS-;

c) le determinazioni dirigenziali Atersir -OMISSIS- e -OMISSIS-, nella parte in cui non hanno escluso dalla gara -OMISSIS-, nonché *“tutti gli altri atti e/o provvedimenti, anche non conosciuti, connessi al procedimento istruttorio sull’esistenza delle cause di esclusione a carico di -OMISSIS- conclusosi con la determina Atersir -OMISSIS-*”.

3. Si ripercorrono le vicende salienti della controversia.

3.1. In data 15 febbraio 2018, l’Agenzia territoriale dell’Emilia-Romagna per i servizi idrici e rifiuti - Atersir (d’ora in poi, Atersir), ha pubblicato il bando di gara per l’affidamento del *“contratto di concessione per lo svolgimento del servizio pubblico di gestione integrata dei rifiuti urbani e assimilati nel bacino territoriale di Piacenza – CIG: -OMISSIS- per un importo pari a Euro 481.099.340,00”*.

3.2. Al procedimento di selezione del contraente hanno preso parte due concorrenti: -OMISSIS- s.p.a. (d’ora in avanti, -OMISSIS-) e il costituendo RTI formato da -OMISSIS- S.p.A. (mandataria) e da -OMISSIS- (mandante).

3.3. Nel corso del procedimento, ambedue le partecipanti hanno impugnato, domandandone l’annullamento, l’atto di ammissione alla gara dell’impresa concorrente.

3.4. Tale vicenda contenziosa è stata definita dalle seguenti pronunce:

- sentenze TAR Emilia-Romagna, Parma, n. -OMISSIS- e Consiglio di Stato, Sez. V, n. -OMISSIS-, sul ricorso dell’RTI -OMISSIS- avverso l’ammissione di -OMISSIS- S.p.A., entrambe di reiezione dei ricorsi presentati;

- sentenze TAR Emilia-Romagna, Parma, n. -OMISSIS- e Consiglio di Stato, Sez. V, n. -OMISSIS-, sul ricorso di -OMISSIS- S.p.A. avverso ammissione del RTI -OMISSIS-, concluse con sentenza di rigetto di questo Tribunale e di parziale accoglimento del Consiglio di Stato.

3.5. Con la determinazione -OMISSIS-, si è conclusa positivamente la verifica di congruità dell’offerta presentata dalla società -OMISSIS-.

- 3.6. Con la determinazione dirigenziale -OMISSIS-, è stata disposta l'aggiudicazione in favore di -OMISSIS- s.p.a. del contratto di concessione.
- 3.7. In data 16 luglio 2021, la società -OMISSIS- ha domandato l'accesso all'offerta tecnica, con i relativi allegati, all'offerta economica, al PEF, al PEI, ai documenti giustificativi dell'offerta, alle relazioni relative alla verifica di congruità ed ai verbali della commissione giudicatrice.
- 3.8. In data 30 luglio 2021, la società -OMISSIS- s.p.a. si è opposta all'accesso.
- 3.9. In data 16 agosto 2021, l'Atesir ha comunicato il parziale accoglimento dell'accesso.
- 3.10. In data 20 agosto 2021, i documenti per i quali è stato concesso l'accesso sono stati inviati alla richiedente.
- 3.11. In data 23 agosto 2021, quest'ultima società, constatato che l'istanza è stata accolta soltanto in parte e che i documenti inviati sono stati oscurati in parti ritenute essenziali, ha reiterato la richiesta di accesso per tutti i documenti e in forma integralmente intellegibile.
- 3.12. In data 3 settembre 2021, la stazione appaltante ha opposto il diniego alla richiesta di parte.
4. Con ricorso depositato in data 17 settembre 2021, la società -OMISSIS- ha impugnato l'aggiudicazione, formulando sette motivi di impugnazione e chiedendo di dichiarare inefficace il contratto eventualmente concluso e di subentrare nel contratto eventualmente stipulato.
- La ricorrente ha altresì domandato l'accesso all'offerta di -OMISSIS- S.p.A., ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a., chiedendo, altresì, che fossero annullati i provvedimenti di diniego parziale di accesso alla predetta offerta emessi da Atersir.
- 4.1. Si sono costituiti in giudizio l'Agenzia Territoriale dell'Emilia-Romagna per i Servizi Idrici e Rifiuti – Atersir e la società -OMISSIS- s.p.a., quest'ultima proponendo ricorso incidentale avverso gli atti della procedura che hanno dichiarato l'ammissione della ricorrente.

4.2. In data 21 ottobre 2021, la ricorrente ha proposto motivi aggiunti avverso quegli atti che hanno confermato l'aggiudicazione in favore di -OMISSIS- e confermato il rigetto parziale dell'istanza di accesso ai documenti della procedura presentata da -OMISSIS-.

4.3. All'udienza del 17 novembre 2021, il T.a.r. ha pronunciato l'ordinanza n. -OMISSIS- con la quale si è disposto che le esigenze cautelari della ricorrente fossero adeguatamente apprezzabili in sede di trattazione del merito del ricorso, all'udienza pubblica del 15 dicembre 2021, mentre, per quanto concerne l'istanza di accesso avanzata da -OMISSIS- s.p.a., la stessa è stata respinta statuendo che *“l'Agenzia, poiché -OMISSIS- ha motivato e comprovato le esigenze di riservatezza di alcune parti della sua offerta, e parte ricorrente non ha dimostrato che l'accesso integrale all'offerta di -OMISSIS- risulta indispensabile alla sua difesa, ha attuato un equo bilanciamento degli interessi consentendo l'accesso parziale agli atti richiesti con il provvedimento impugnato, che deve considerarsi pienamente legittimo”*.

4.4. Su richiesta della ricorrente, motivata in ragione dell'appello proposto innanzi al Consiglio di Stato, avverso la suindicata ordinanza, l'udienza di discussione del 15 dicembre 2021 è stata rinviata ad altra data.

4.5. In data 17 dicembre 2021, il Consiglio di Stato ha emesso l'ordinanza n. -OMISSIS- con cui ha dichiarato inammissibile il proposto appello avverso l'ordinanza collegiale n. -OMISSIS-, espressamente rilevando che *“...l'appello contro l'ordinanza istruttoria che decide un'istanza di accesso in corso di causa ai sensi dell'art. 116 comma 2 c.p.a. è pacificamente inammissibile, trattandosi di provvedimento non decisorio, fermo che del mancato accoglimento della propria istanza la parte può dolersi impugnando la sentenza che definisce il merito in I grado: per tutte, sez. IV 26 novembre 2014 n. 5850 e sez. VI 22 gennaio 2002 n. 403”*.

5. All'udienza pubblica del 26 gennaio 2022, il T.a.r. ha trattenuto la causa in decisione.

6. Con la sentenza -OMISSIS-, il T.a.r. ha respinto il ricorso principale e i motivi aggiunti, ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale e ha

condannato alle spese la ricorrente, quantificandole in euro 3.000,00, in favore di ciascuna parte, oltre accessori di legge.

7. La società soccombente ha proposto appello avverso la sentenza di primo grado e avverso l'ordinanza n. -OMISSIS-, formulando otto motivi di appello.

7.1. In data 29 aprile 2022, la società controinteressata si è costituita in giudizio, proponendo, con il ricorso depositato in data 11 maggio 2022, appello incidentale avverso la statuizione di improcedibilità pronunciata dalla sentenza di primo grado e riproponendo, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., l'eccezione pregiudiziale di inammissibilità non esaminata in primo grado e relativa al secondo, al terzo, al quarto e al settimo motivo di ricorso. Secondo la controinteressata, i suddetti motivi avrebbero dovuto essere fatti valere mediante la tempestiva impugnazione della *lex specialis*, senza attendere il provvedimento di aggiudicazione.

L'appello incidentale censura la determinazione -OMISSIS-, che ha rivalutato l'ammissione alla procedura di gara della ricorrente, e si articola in tre distinti motivi.

7.2. In data 18 maggio 2022, si è costituita in giudizio la stazione appaltante la quale ha anche riproposto l'eccezione di inammissibilità dell'appello incidentale proposta dalla -OMISSIS-, non esaminata dal T.a.r..

7.3. In data 5 settembre 2022, la stazione appaltante ha illustrato le sue difese.

7.4. In data 6 settembre 2022, hanno invece depositato memorie difensive l'appellante e la controinteressata.

7.5. Il 9 settembre 2022, l'aggiudicataria e l'appellante hanno depositato memorie di replica.

7.6. All'udienza del 22 settembre 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

7.7. Con l'ordinanza n. -OMISSIS-, il Collegio ha disposto l'acquisizione in formato integrale degli atti dei quali la suddetta società ha domandato l'accesso con l'istanza del 16 agosto 2021.

7.8. Con l'ordinanza n. -OMISSIS-, si sono onerate le parti ad un controllo visivo della suddetta documentazione, per verificare l'esatto adempimento

dell'ordinanza n. -OMISSIS-, e si è, contestualmente, sollecitato il contraddittorio sull'ostensibilità della documentazione depositata.

7.9. Fissata una nuova udienza di discussione dell'appello, l'appellante e l'Atersir hanno presentato memorie difensive (rispettivamente, in data 21 febbraio 2023 e 24 febbraio 2023, e 21 febbraio 2023).

7.9.1. In particolare con la memoria difensiva depositata il 21 febbraio 2023, l'Agenzia appellata ha eccepito l'inammissibilità del primo motivo di appello nella parte in cui amplia le doglianze sviluppate avverso il diniego all'ostensione integrale opposto alla società istante, rispetto a quelle formulate nel ricorso introduttivo del giudizio.

8. All'udienza del 9 marzo 2023, la causa è stata trattenuta in decisione.

8.1. *In limine litis*, in applicazione del criterio della ragione più liquida, il Collegio ritiene che non sia necessario procedere alla disamina delle eccezioni pregiudiziali, formulate dall'Atersir e dall'-OMISSIS-, bensì che si possano esaminare direttamente i motivi di impugnazione, in considerazione della loro infondatezza (cfr. Cons. Stato, Ad. plen. n. 5 del 2015, § 5.3.).

9. Con il primo motivo di appello, la società censura l'ordinanza n. -OMISSIS- del T.a.r. che ha respinto l'istanza di accesso.

Con una prima censura (estesa da pagina 10 a pagina 21), l'appellante deduce che la stazione appaltante avrebbe acriticamente recepito il contenuto della nota del 30 luglio 2021, con la quale -OMISSIS- ha fatto pervenire la sua opposizione all'ostensione della documentazione richiesta. Il T.a.r. avrebbe dunque violato la norma di cui all'art. 53, comma 5, lett. a, d. lgs. n. 50/16, che consentirebbe di escludere l'accesso solo per quelle parti dell'offerta tecnica la cui conoscenza implicherebbe la diffusione di segreti tecnici o commerciali e sempre che la loro conoscenza non sia necessaria per la difesa in giudizio dell'istante. Secondo l'appellante, queste ipotesi non ricorrerebbero nel caso di specie, né l'impresa che si oppone all'accesso avrebbe fornito prova dell'effettiva sussistenza di segreti industriali o commerciali meritevoli di salvaguardia.

Con una seconda censura (estesa da pagina 21 a pagina 28), l'appellante deduce l'erroneità dell'ordinanza, che non avrebbe accertato l'interesse dell'impresa ad accedere alla documentazione richiesta “...*sia in relazione ai motivi di ricorso già proposti, sia in funzione della proposizione di motivi aggiunti*”, risultando altrimenti preclusa la possibilità di formulare compiute censure avverso gli atti del procedimento di gara.

9.2. Il primo motivo di appello è infondato.

9.3. La disposizione che disciplina l'accesso agli atti nelle procedure di evidenza pubblica è il richiamato art. 53, comma 1, il quale prevede (per la parte direttamente concernente la controversia in esame) che: “*Salvo quanto espressamente previsto nel presente codice, il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241*”.

9.3.1. La disposizione, nei commi successivi al primo, delinea la disciplina relativa ai casi di differimento (commi 2, 3 e 4) e di esclusione (comma 5), tratteggiando, infine, una regola *ad hoc* proprio per quei casi in cui l'accesso abbia ad oggetto documenti che costituiscono segreti tecnici e commerciali (comma 6).

9.3.2. Secondo la disciplina di carattere generale richiamata dall'art. 53, d.lgs. n. 50/2016, e, in particolare, in base all'art. 25, comma 2, legge 241/1990, “*La richiesta di accesso ai documenti deve essere motivata*”.

9.3.3. L'art. 22, comma 1, lett. b), definisce “*interessati*”, quei soggetti privati “*che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso*”.

9.4. Il quadro normativo richiamato implica, dunque, una scansione procedimentale che è quella tipica dell'accesso documentale difensivo.

9.4.1. L'atto iniziale del procedimento è costituito, pertanto, dall'istanza con la quale l'interessato domanda la visione e l'estrazione di copia, rivolto all'amministrazione che detiene il documento.

9.5. Valgono pertanto i principi più volte affermati da questo Consiglio relativamente ai requisiti che devono sussistere perché possa ammettersi l'accesso agli atti.

9.5.1. Segnatamente, il Consiglio di Stato:

a) ha individuato, in negativo, i connotati dell'istanza di accesso, affermando che essa non legittima ad avere accesso agli atti quando *“si traduca in una generica volontà da parte del terzo istante di verificare il corretto svolgimento del rapporto contrattuale”* (Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020 n. 10, §. 38).

b) ha evidenziato, in positivo, che spetta alla parte che domanda l'accesso un *“onere aggravato sul piano probatorio, nel senso che grava sulla parte interessata l'onere di dimostrare che il documento al quale intende accedere è necessario (o, addirittura, strettamente indispensabile se concerne dati sensibili o giudiziari) per la cura o la difesa dei propri interessi”* (§ 9.1.), puntualizzando che la volontà del legislatore è quella di *“esigere che le finalità dell'accesso siano dedotte e rappresentate dalla parte in modo puntuale e specifico nell'istanza di ostensione, e suffragate con idonea documentazione”* (Cons. Stato, Ad. plen., 25 settembre 2020 n. 19);

c) per focalizzarne ulteriormente i limiti di ammissibilità, ha puntualizzato le implicazioni teleologiche collegate alla specificità richiesta per il contenuto dell'istanza, che sono quelli di *“permettere all'amministrazione detentrica del documento il vaglio del nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta sub specie di astratta pertinenza con la situazione 'finale' controversa. In questa prospettiva, pertanto, va escluso che possa ritenersi sufficiente un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando”* (§ 9.2.) (Cons. Stato, Ad. plen., 25 settembre 2020 n. 19);

d) ha ribadito che l'istanza debba connotarsi per *“puntualità e specificità”*, l'insufficienza di un *“generico richiamo”* alle esigenze probatorie e difensive, la necessità che l'istanza consenta *“un rigoroso, motivato, vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare”* (Cons. Stato, Ad. plen., 18 marzo 2021, n. 4, 18.1. e 18.2.);

e) ha indagato il rapporto tra procedimento e processo, negando che “...ad opera o a favore del privato può realizzarsi, insomma, quell’inversione tra procedimento e processo che si verifica quando nel processo vengono introdotte pretese o ragioni mai prima esposte, come era doveroso, in sede procedimentale” (Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020 n. 10, §. 11.6.);

f) ha enunciato altresì un’importante principio di diritto sul “c.d. giudizio sul rapporto”, categoria nella quale viene “iscritto” il giudizio di accesso (§. 11.8.), affermando che “il c.d. giudizio sul rapporto, pur in sede di giurisdizione esclusiva, non può essere la ragione né la sede per esaminare la prima volta avanti al giudice questo rapporto perché è il procedimento la sede prima, elettiva, immancabile, nella quale la composizione degli interessi, secondo la tecnica del bilanciamento, deve essere compiuta da parte del soggetto pubblico competente, senza alcuna inversione tra procedimento e processo” (Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020 n. 10, §. 11.9.).

9.6. Nell’ambito dei procedimenti di evidenza pubblica, le questioni relative all’accesso sono state sovente esaminate per le criticità correlate al conflittuale rapporto che si instaura fra trasparenza dei procedimenti decisionali ed esigenze di riservatezza delle informazioni fornite dall’aggiudicatario, specie di quelle che costituiscono “segreti tecnici o commerciali”.

9.6.1. In recenti controversie, questo Consiglio ha rimarcato la necessità che sussista uno “stretto collegamento o nesso di strumentalità tra documentazione richiesta e la situazione finale controversa”, declinandola in termini di “stretta indispensabilità” (Cons. Stato, Sez. V, 20 gennaio 2022, n. 369), e ha ribadito che “l’onere della prova del suddetto nesso di strumentalità incombe – secondo il consueto criterio di riparto – su colui che agisce, ossia sul ricorrente (in sede procedimentale, il richiedente l’accesso agli atti)” (Cons. Stato, Sez. V, 24 gennaio 2023 ord. n. 787, §. 2.11.) e che “la portata di tale onere probatorio dipende dal caso concreto” (Cons. Stato, Sez. V, 23 giugno 2020 n. 4016).

9.7. La problematica è stata oggetto anche di pronunce delle Corti sovranazionali.

9.7.1. La Corte di Giustizia (Corte di giustizia Comunità Europee, Sez. III, 14 febbraio 2008, n. 450/06) ha evidenziato che “...il principio del contraddittorio non implica che le parti abbiano un diritto di accesso illimitato e assoluto al complesso delle informazioni relative alla procedura di aggiudicazione dei mercati di cui trattasi che sono state presentate all'organo responsabile del ricorso. Al contrario, tale diritto di accesso dev'essere ponderato con il diritto di altri operatori economici alla tutela delle informazioni riservate e dei loro segreti commerciali” (§. 51).

9.7.2. Di recente, la Corte di Giustizia (Corte di giustizia Unione Europea, Grande Sezione, 7 settembre 2021, C-927/19), in una controversia riguardante un appalto pubblico per la raccolta e il trasporto di rifiuti urbani affidato ad un raggruppamento di operatori economici, ha affermato che:

a) “l'obbligo di motivare una decisione di rigetto dell'offerta di un offerente nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico non implica che quest'ultimo debba disporre di informazioni complete quanto alle caratteristiche dell'offerta selezionata dall'amministrazione aggiudicatrice” (§. 115);

b) “il giudice nazionale competente deve procedere a un esame completo di tutti gli elementi di fatto e di diritto pertinenti. Esso deve inoltre necessariamente poter disporre delle informazioni necessarie, ivi comprese le informazioni riservate e i segreti commerciali, per essere in grado di decidere con piena cognizione di causa (v., in tal senso, sentenza del 14 febbraio 2008, V., C-450/06, EU:C:2008:91, punto 53)” (§. 130);

c) “Il giudice nazionale competente deve altresì controllare l'adeguatezza della motivazione della decisione con la quale l'amministrazione aggiudicatrice ha rifiutato di divulgare le informazioni riservate...” e che “...spetta al giudice nazionale competente conciliare il diritto del richiedente a un ricorso effettivo, ai sensi dell'articolo 47 della Carta, con il diritto alla tutela delle informazioni di natura riservata di tale operatore” (§. 135);

9.8. Dai richiamati riferimenti normativi e dai precedenti della giurisprudenza, si traggono alcune indicazioni fondamentali per la risoluzione della presente controversia.

9.9. In particolare, il Collegio evidenzia come rimangano ben distinti nell'ambito del procedimento (e, poi, del processo): la valutazione che

l'amministrazione è chiamata a compiere sull'istanza di accesso e sulla sussistenza dei presupposti per il suo accoglimento ai sensi degli articoli 22 e seguenti della legge n. 241/1990; la valutazione sulla sussistenza dei segreti tecnici o commerciali; la valutazione della sussistenza delle esigenze della difesa in giudizio in capo a chi ha formulato la richiesta di accedere a documenti contenenti le informazioni predette. Ciascuno dei momenti enucleati in base alla normativa di riferimento dovrà essere positivamente valutato prima che si proceda al passaggio logico successivo, sicché se l'istanza di accesso non presenta i requisiti richiesti per il suo accoglimento ciò precluderà in radice che si faccia questione dell'esistenza di segreti tecnici e commerciali; se invece l'istanza sarà favorevolmente valutata e non dovessero sussistere segreti tecnici o commerciali, non sarà necessario valutare la sussistenza di esigenze di difesa in capo all'istante; se invece, dovessero essere valutate favorevolmente l'istanza di accesso e la "*motivata e comprovata dichiarazione*" del controinteressato fondata sulla sussistenza di segreti tecnici o commerciali (sulla quale si richiama, Cons. Stato, Sez. V 31 marzo 2021, n. 2714), l'amministrazione sarà chiamata ad operare un bilanciamento fra le contrapposte esigenze, dovendo giudicare l'effettiva sussistenza del nesso di strumentalità (Cons. Stato, n. 369 del 2022) o del "*collegamento necessario fra la documentazione richiesta e le proprie difese*" (Cons. Stato, ord. n. 787 del 2023).

9.9.1. La ricerca del "*punto di equilibrio*" (Cons. Stato, III, 26 ottobre 2018, n. 6083; 17 marzo 2017, n.1213) fra interesse (o "diritto") all'accesso, da un lato, e esigenze di riservatezza nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica, dall'altro, implica, dunque, che l'istanza di accesso sia in sé meritevole di accoglimento, perché adeguatamente "giustificata" sul piano del procedimento (arg. da 25, comma 2, legge n. 241 del 1990, che richiede una "*richiesta...motivata*" e da Cons. Stato, Ad. plen., n. 10 del 2020, §. 11.9.), così da consentire all'amministrazione di apprezzare, nel procedimento, "*le finalità*

dell'accesso... dedotte e rappresentate dalla parte in modo puntuale e specifico nell'istanza di ostensione" (Cons. Stato, Ad. plen., n. 19 del 2020, §. 9.2.).

9.10. Nel caso in esame, con l'istanza del 16 luglio 2021, la società seconda classificata ha domandato l'ostensione dei verbali delle sedute di gara con particolare rilievo per le sedute riservate di valutazione dell'offerta tecnica, dell'offerta tecnica della -OMISSIS- s.p.a., dell'offerta economica della -OMISSIS- s.p.a., della determinazione del direttore -OMISSIS- e della determinazione del direttore -OMISSIS-, entrambe aventi ad oggetto la verifica di congruità dell'offerta, completa della relazione della istruttoria della verifica di congruità dell'offerta svolta dal RUP eseguita a seguito dei chiarimenti forniti dal concorrente, della documentazione relativa alla relazione conclusiva sull'esistenza della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016 con riferimento all'operatore economico -OMISSIS- s.p.a., allegata alle determine di aggiudicazione.

La società ha motivato l'istanza rappresentando di avere *“un evidente interesse concreto ed attuale ad accedere a tutta la documentazione concernente il procedimento di adozione delle determinazioni sopra citate in funzione dell'esercizio del diritto di difesa a tutela di proprie situazioni giuridicamente rilevanti”*.

9.10.1. Con la nota del 30 luglio 2021, la controinteressata ha opposto il suo diniego all'accesso alla documentazione indicata nella comunicazione, adducendo la sussistenza di segreti tecnici e commerciali.

9.10.2. -OMISSIS- s.p.a. ha comunicato il suo diniego all'accesso, sul contenuto della busta D, relativa al *“piano economico industriale e PEF”*, *“in quanto documenti non indicati espressamente nella richiesta di accesso e contenenti informazioni che riguardano in dettaglio le componenti di costo del servizio a regime anche ai fini della determinazione delle voci tariffarie, che non hanno contribuito alla assegnazione del punteggio, ma solo come esplicitazione delle scelte gestionali e strategiche di -OMISSIS-, e che non sono assolutamente divulgabili alle imprese concorrenti sul medesimo mercato in quanto dati riservati sul piano industriale, tecnico e commerciale.”*; sulle *“giustificazioni anomalia presentate”*, per le medesime motivazioni espresse per la busta D;

sulla busta B, relativa all'“offerta tecnica”, in quanto “*le informazioni fornite nell'ambito dell'offerta tecnica, strutturata nei fascicoli 1, 2, 3, 4 e 5 che compongono un unico progetto integrato, devono essere oggetto di segretazione in quanto costituiscono segreti tecnici e commerciali la cui pubblicizzazione favorirebbe la diffusione di dati, schemi, modelli organizzativi, informazioni commerciali che rappresentano il know-how di -OMISSIS-, inteso quale insieme di nozioni che integrano, migliorano e rendono applicabile la tecnica/ tecnologia nota in un determinato settore e la cui sperimentata applicazione fa conseguire a chi la utilizza un migliore sfruttamento delle proprie capacità di business.*”

In sostanza un quid aggiuntivo che giustifica e legittima la segretazione dell'intero progetto in quanto permette al titolare di poter disporre di un vero e proprio vantaggio competitivo nel proprio settore di riferimento. Il consentire l'accesso significherebbe ammettere che aziende che sono tra loro competitor possano effettuare un'operazione di ricognizione sullo stato delle conoscenze e delle capacità progettuali delle società concorrenti, permettendo così un travaso di notizie e di elementi progettuali di cui tutti si possono avvalere, senza alcun costo, in procedure di gara per servizi analoghi, con evidente depauperamento del Know How di -OMISSIS-, arrecandole un gravissimo danno economico- imprenditoriale.”.

9.10.3. Con la nota del 16 agosto 2021, l'Atersir ha accolto parzialmente la richiesta di accesso, ammettendo l'ostensione e il ritiro dei verbali delle sedute della commissione di gara, disponendo la segretazione dei verbali o di parti di verbale da cui emergono valutazioni tecniche relative ai Fascicoli 1-2 e 4 ed alle parti sottratte all'accesso dei Fascicoli 3 e 5; dell'offerta tecnica della -OMISSIS- s.p.a., limitatamente alle parti non sottratte all'accesso dei Fascicoli 3 e 5; dell'offerta economica della -OMISSIS- s.p.a.; della determinazione del direttore -OMISSIS- e -OMISSIS- complete delle rispettive relazioni sull'attività di verifica di congruità dell'offerta svolta dal RUP, con oscurazione dei dati ivi contenuti che riferiscano informazioni contenute nella Busta D (PEI e PEF) e nelle giustificazioni presentate dalla società su richiesta dell'Agenzia; della documentazione relativa alla “*relazione conclusiva sull'esistenza della causa di esclusione di cui all'art. 80 comma 5 lett. c) D.lgs. 50/20016 con riferimento all'operatore economico -OMISSIS- s.p.a.*”.

A conclusione del provvedimento la stazione appaltante ha avvisato l'istante che *“eventuali ulteriori richieste di accesso aventi ad oggetto la medesima documentazione già richiesta, saranno valutate dall'Agenzia unicamente laddove specificamente motivate dalla società istante con riferimento alle puntuali esigenze difensive che le stesse intendono tutelare, come disposto dai più recenti orientamenti giurisprudenziali”*.

9.10.4. Con la nota del 23 agosto 2021, l'istante ha insistito nella sua richiesta, con considerazioni non specificamente riferite alle esigenze difensive in ipotesi oggetto di tutela, bensì focalizzando le deduzioni sull'assenza di segreti tecnici e commerciali, e sull'insufficienza della dichiarazione dell'aggiudicataria.

9.10.5. Con la nota del 3 settembre 2021, l'Atersir ha respinto l'istanza di accesso evidenziando che *“non può essere accolta in quanto con essa non vengono forniti dall'intestata società elementi ulteriori con riferimento alle puntuali esigenze difensive che si intendono tutelare”*.

9.11. Con l'ordinanza n. -OMISSIS-, il T.a.r. ha affermato che *“l'Agenzia ha correttamente effettuato il giudizio di bilanciamento tra le contrapposte esigenze manifestate dalle parti, tenuto conto che “al fine di esercitare il diritto di accesso con riguardo a informazioni contenenti segreti tecnici o commerciali, è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela di propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità (da riguardarsi, restrittivamente, in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio. L'accertamento dell'eventuale nesso di strumentalità va ravvisato tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate o da formulare, con la conseguenza che l'onere della prova del suddetto nesso di strumentalità grava, secondo i principi generali del processo, su chi agisce.”*.

9.12. Il Collegio decidente, dopo approfondita valutazione, ritiene che l'ordinanza vada confermata, sia pure con una motivazione parzialmente diversa.

9.12.1. La disamina dell'istanza del 16 luglio 2021 e della successiva istanza del 23 agosto 2021 evidenziano la carente rappresentazione *“in modo puntuale e specifico”* delle finalità a cui ciascuna delle due istanze era preordinata.

9.12.2. La giustificazione addotta dalla società interessata si sostanzia in un “*generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive*”, inidonea, dunque, a consentire il “*rigoroso, motivato, vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l’istante intende curare o tutelare*”.

9.12.3. Malgrado tale carente prospettazione di parte, muovendo dalla considerazione della partecipazione della seconda classificata alla gara di appalto (e, dunque, valorizzando le peculiarità del caso concreto, così come chiarito da Cons. Stato, Sez. V, n. 4016 del 2020), la stazione appaltante, a fronte dell’opposizione della prima classificata, ha comunque consentito l’accesso ad una parte della documentazione, richiedendo un più approfondito onere motivazionale per ritenere favorevolmente apprezzabile la richiesta limitatamente agli ulteriori documenti domandati e negandolo in assenza di “*elementi ulteriori con riferimento alle puntuali esigenze difensive*” da parte della società istante.

9.12.4. Il “*punto di equilibrio*” così individuato dalla stazione appaltante risulta pienamente corrispondente ai principi enucleati dalla giurisprudenza dell’Adunanza Plenaria e applicati dalle successive pronunce di questo Consiglio.

9.13. Pur volendo ammettere, in tesi, seguendo le deduzioni dell’appellante, che la dichiarazione dell’offerente sulla sussistenza dei segreti tecnici e commerciali non fosse particolarmente “*motivata*” e suffragata da prove della loro sussistenza, risulta dirimente, per quanto precedentemente evidenziato, che le istanze di accesso alla documentazione risultavano del tutto sfornite di quella giustificazione necessaria a comprovare (con priorità logica e giuridica, nella scansione procedimentale) la necessità dei documenti per la cura e/o la difesa dei propri interessi. Si trattava, quindi, di istanze inidonee a superare positivamente il “*vaglio del nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta sub specie di astratta pertinenza con la situazione “finale” controversa*”.

9.14. A tale proposito, si soggiunge che, in ragione del divieto di “*inversione tra procedimento e processo*”, non possono ammettersi e valutarsi ai fini dell’accoglimento della pretesa ostensiva quelle giustificazioni/argomentazioni che sono state dedotte per la prima volta nel processo, con l’ulteriore puntualizzazione che il primo motivo di appello realizza anche un inammissibile ampliamento dei fatti dedotti a sostegno dell’istanza formulata ai sensi dell’art. 116, comma 2, c.p.a. nel ricorso di primo grado, in violazione dell’art. 104 c.p.a..

9.15. Relativamente alla giustificazione dell’istanza, si evidenzia che le deduzioni sviluppate nel primo motivo di appello o anche nei motivi di censura articolati con il ricorso introduttivo del giudizio ben avrebbero potuto costituire, anche laddove riportate nell’istanza in estrema sintesi o nel loro nucleo essenziale, la giustificazione comprovante le ulteriori “*puntuali esigenze difensive*”, cosicché risulta infondata la deduzione difensiva dell’appellante secondo cui non si sarebbe potuto assolvere in maniera più puntuale all’onere di giustificare l’interesse all’accesso.

9.16. In definitiva, la decisione della stazione appaltante, confermata dal T.a.r., risulta aver correttamente applicato la disciplina di riferimento, consentanea ai principi delineati da questo Consiglio e coerente, infine, con i principi che promanano dalla giurisprudenza euro-unitaria, anche tenuto conto delle informazioni concretamente contenute nella documentazione depositata in esecuzione dell’ordinanza n. -OMISSIS-.

10. Con il secondo motivo di appello, la società impugna il capo della sentenza che ha respinto il primo motivo del ricorso introduttivo.

Secondo l’appellante, la motivazione del T.a.r. sarebbe errata, perché avrebbe affermato la legittimità del procedimento *sub iudice* richiamando quella regola del bando tipo predisposto da ANAC che ritiene sufficiente la presentazione di una sola copia del documento in presenza di una pluralità di dichiarazioni rese su fogli distinti. Senonché, secondo l’appellante, “*un conto è allegare il documento a una pluralità di dichiarazioni contenute in un unico plico sigillato, altro è*

pretendere di attestare con il medesimo documento l'autenticità della sottoscrizione di una dichiarazione negoziale vincolante posta in un separato plico e della quale quindi non è possibile accertare la provenienza dal medesimo soggetto”.

Sarebbe errato, inoltre, il riferimento, da parte del T.a.r., ad alcuni precedenti giurisprudenziali che hanno affermato che l'autenticazione delle sottoscrizioni sarebbe necessaria solo per le dichiarazioni di scienza e non per quelle negoziali, in quanto non terrebbe conto *“della normativa attualmente vigente e segnatamente del bando di gara ANAC vincolante che espressamente richiede tale autenticazione”.*

10.1. Il secondo motivo di appello è infondato.

10.2. L'appellante impugna la censura mossa alla sentenza di primo grado, partendo dalle previsioni del bando tipo di ANAC e ponendo in risalto esigenze di certezza circa la sicura attribuzione dell'offerta presentata, che, nel procedimento di gara in esame, sarebbe, in tesi, resa incerta dalla mancanza del documento di identità nella busta relativa all'offerta economica.

10.3. Senonché, proprio la disciplina del bando tipo di ANAC e la corretta applicazione del principio richiamato disvelano l'infondatezza della doglianza.

10.3.1. L'art. 13 del bando tipo dispone, infatti, che *“Il plico contiene al suo interno tre buste chiuse e sigillate, recanti l'intestazione del mittente, l'indicazione dell'oggetto dell'appalto e la dicitura, rispettivamente:*

“A - Documentazione amministrativa”

“B - Offerta tecnica”

“C - Offerta economica”

La mancata sigillatura delle buste “A”, “B” e “C” inserite nel plico, nonché la non integrità delle medesime tale da compromettere la segretezza, sono cause di esclusione dalla gara”.

10.3.2. La norma richiamata evidenzia che all'interno di un unico plico sono contenute tre buste *“chiuse e sigillate”*, sulle quali è apposta *“l'intestazione del mittente”.*

10.3.3. La presenza all'interno del medesimo plico del documento di identità del sottoscrittore, come è avvenuto nel caso di specie, garantisce, pertanto, quell'esigenza di certezza circa la provenienza dell'offerta (economica, nel caso di specie) dalla impresa offerente.

10.4. Rileva, inoltre, anche la norma enunciata dall'ultimo capoverso trascritto.

10.4.1. Il bando tipo, che la società appellante individua quale paradigma legale della legittimità della procedura di gara, individua puntualmente le “*cause di esclusione dalla gara*” collegate alle modalità di presentazione dell'offerta, indicandole nella “*mancata sigillatura delle buste*” e nella loro “*non integrità... tale da compromettere la segretezza*”, non prevedendo invece la necessaria allegazione della copia fotostatica del documento di identità in ciascuna busta.

10.5. Due ulteriori rilievi – contenuti nel bando tipo di ANAC e nel bando di gara integrale e capitolato d'oneri - confermano la correttezza della statuizione del T.a.r..

10.5.1. Quanto al primo rilievo, si evidenzia che l'art. 13 del bando tipo prevede che “*Tutte le dichiarazioni sostitutive rese ai sensi degli artt. 46 e 47 del d.p.r. 445/2000, ivi compreso il DGUE, la domanda di partecipazione, l'offerta tecnica e l'offerta economica devono essere sottoscritte dal rappresentante legale del concorrente o suo procuratore.*”

Il dichiarante allega copia fotostatica di un documento di riconoscimento, in corso di validità (per ciascun dichiarante è sufficiente una sola copia del documento di riconoscimento anche in presenza di più dichiarazioni su più fogli distinti)”.

Dalle norme richiamate si trae una duplice indicazione.

In primo luogo, la necessità che il documento di identità accompagni soltanto le “*dichiarazioni sostitutive rese ai sensi degli artt. 46 e 47 del d.p.r. 445/2000*”: questa indicazione conferma la corretta interpretazione, da parte del T.a.r., della giurisprudenza di questo Consiglio di Stato che ha correlato l'obbligatorietà della presenza della fotocopia del documento di identità a necessario corredo

della dichiarazione sostitutiva resa ai sensi del d.P.R. n. 445 del 2000 (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 agosto 2018, n. 4959; Sez. V, 26 marzo 2012, n. 1739). In secondo luogo, la sufficienza dell'allegazione di *“una sola copia del documento di riconoscimento anche in presenza di più dichiarazioni su più fogli distinti”*, in un'ottica sostanzialistica e finalizzata al risultato dell'adempimento in questione.

10.5.2. Quanto al secondo rilievo, si evidenzia che il paragrafo denominato *“K. Modalità di presentazione delle offerte”*, contenuto nel bando di gara integrale e capitolato d'oneri, pubblicato dalla stazione appaltante, prevede che: *“A pena di esclusione dalla gara, il plico deve contenere le seguenti buste chiuse e sigillate...: - Busta A – Documentazione Amministrativa; - Busta B – Offerta Tecnica; - Busta C – Offerta Economica; - Busta D – Piano Economico Industriale”*.

Il bando integrale e capitolato d'oneri prevede che la copia fotostatica di un documento di identità sia inserita soltanto nella *“Busta A”* contenente la documentazione amministrativa, mentre un'analogha previsione non si rinviene con riferimento alla *“Busta C”* relativa all'offerta economica.

11. Con il terzo motivo di appello, la società grava il capo della sentenza che ha respinto il secondo motivo di ricorso.

L'appellante sostiene che:

- a) l'asserita diversità di *ratio* fra appalto di servizi e concessione, affermata dal T.a.r. per giustificare la diversità delle discipline, sarebbe invocabile con riferimento ad ogni disposizione prevista dal codice e comporterebbe, dunque, l'*interpretatio abrogans* dell'art. 164;
- b) l'interpretazione dell'art. 174, comma 8, fornita dal T.a.r. non sarebbe condivisibile, perché *“lo stesso avverbio utilizzato (“altresi”) -contenuto nell'art. 174 - comprova che anche gli altri commi [dell'art. 105] erano applicabili laddove, come nella fattispecie, espressivi di principi generali che governano i contratti pubblici...”*: *“il divieto di superare il limite del 30% razione temporis applicabile era previsto al fine di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori, ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali?”*;

c) non sarebbe invocabile la primazia del diritto unionale, in quanto “...*la normativa vigente e vincolante al momento della pubblicazione del bando impediva di derogare al limite posto dall’art. 105 e che soprattutto la controinteressata non ha contestato la legittimità della previsione del bando che poneva il limite del 45% che quindi non può essere disapplicata da alcuno...*”.

11.1. Il terzo motivo è infondato, risultando la motivazione del T.a.r. priva di errori di fatto o di diritto.

11.2. L’art. 174, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 recita testualmente che “*Ferma restando la disciplina di cui all’articolo 30, alle concessioni in materia di subappalto si applica il presente articolo*”, individuando, a seguire, in maniera puntuale, le norme che regolano il subappalto nelle concessioni di lavori, servizi e forniture.

11.3. Accanto alle norme specificamente enucleate dall’articolo in esame, la disposizione opera un rinvio ai “*commi, 10, 11 e 17 dell’articolo 105*” del d.lgs. n. 50/2016, circoscrivendo, in tal modo, ulteriormente, le norme ritenute compatibili con il diverso istituto delle concessioni e, in particolare, quelle contenute nell’articolo 105.

11.4. Tra le norme dell’art. 105 applicabili nell’ambito del subappalto delle concessioni e coincidenti con quelle enunciate dai “*commi, 10, 11 e 17*” non v’è quella invocata dall’appellante, ossia l’art. 105, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016.

11.5. In applicazione del canone di interpretazione letterale del dato normativo (art. 12, comma 1, delle disposizioni sulla legge in generale), la motivazione offerta dal T.a.r. si sottrae alla censura che viene articolata dall’appellante.

11.6. Quanto all’avverbio “*altresi*”, a cui fa riferimento l’appellante e contenuto nell’ultimo comma dell’art. 174, prima di indicare “*le disposizioni previste dai commi, 10, 11 e 17 dell’articolo 105*”, esso non implica – come invece si sostiene da parte dell’appellante – un’applicazione degli altri commi dell’art. 105, d.lgs. n. 50/2016, bensì funge da “*congiunzione*” tra le norme contenute ai commi 10, 11 e 17 dell’articolo 105 e quelle prima specificamente enucleate

dai commi da 2 a 7, dell'art. 174, per il subappalto effettuato nell'ambito di un contratto di concessione.

11.7. Neppure è esatto sostenere, come fa l'appellante, che la statuizione del T.a.r. comporterebbe un'interpretazione abrogatrice della norma contenuta nell'art. 164, *“posto che la genericità e assolutezza di tale presunta diversità di ratio”*, che il T.a.r. ha argomentato, secondo l'appellante, in ragione del *“rischio che assume il concessionario”*, *“sarebbe parimenti invocabile per ogni altra disposizione dettata in tema di appalto e quindi si risolverebbe in una interpretatio abrogans del citato articolo 164”* (e, in particolare, del suo secondo comma).

11.7.1. L'affermazione di parte appellante, infatti, prova troppo.

11.7.2. La statuizione del T.a.r. è stata enunciata con specifico riferimento alla disciplina del sub-appalto nell'ambito delle concessioni, che costituisce, in ragione dell'art. 174 d.lgs. n. 50/2016, appena esaminato nei suoi aspetti salienti, un sottosistema normativo che il legislatore ha voluto compiutamente regolamentare, rimanendo invece non “toccata” dalle motivazioni di principio della sentenza di primo grado l'applicazione degli altri istituti normati in materia di contratti di appalto (di lavori, servizi e forniture) al diverso contratto di concessione (di lavori, servizi e forniture).

11.8. Risulta infondata, infine, anche l'ultima censura dell'appellante, inerente ai limiti che incontrerebbe l'applicazione del diritto euro-unitario.

11.8.1. La Corte di Giustizia (Corte giustizia, Unione Europea, Sez. V, 26 settembre 2019, n. 63/18) ha affermato che *“dalla volontà del legislatore dell'Unione di disciplinare in maniera più specifica... le situazioni in cui l'offerente fa ricorso al subappalto, non si può dedurre che gli Stati membri dispongano ormai della facoltà di limitare tale ricorso a una parte dell'appalto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso, al pari del limite imposto dalla normativa di cui trattasi nel procedimento principale”* (§. 30) e che *“Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla questione pregiudiziale dichiarando che la direttiva 2014/24 dev'essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella*

di cui trattasi nel procedimento principale, che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi" (§. 45).

11.8.2. I principi affermati dalla Corte di Giustizia, in materia di limiti del subappalto nei contratti di appalto (di lavori, servizi e forniture), implicano, infatti, che il Giudice nazionale tra le possibili interpretazioni del diritto nazionale (e, quindi, con riferimento alla controversia in esame, tra le possibili interpretazioni dell'art. 174, d.lgs. n. 50/2016, tra le quali c'è anche quella proposta dall'appellante) scelga comunque quella che risulti maggiormente conforme e sicuramente non in contrasto con il diritto dell'Unione europea (v. Corte Cost., 8 giugno 1984, n. 170, §. 3, con riferimento ai regolamenti; Corte di giustizia Comunità Europee, 10 aprile 1984, n. 14/83, *Van Colson e Kamann*, §. 28; Corte di giustizia Comunità Europee, 13 novembre 1990, C-106/89, *Marleasing*; Corte di giustizia Comunità Europee, Sez. V, 25 febbraio 1999, C-131/97, *Carbonari*; Corte di giustizia Comunità Europee, Grande sezione, 5 ottobre 2004, C-397/01 - C-403/01, *Pfeiffer*; Corte di giustizia Comunità Europee, Sez. IV, 18 dicembre 2007, n. 357/06, §. 28; Corte giustizia Unione Europea, Sez. III, 28 gennaio 2010, n. 406/08, §§. 45 e 46; Corte giustizia Unione Europea, Sez. VI, 28 aprile 2022, n. 44/21, §§. 49 e 50), con l'unico limite, che non risulta violato nel caso di specie, che questa interpretazione non fondi un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale (Corte giustizia Unione Europea, Grande Sezione, 19 aprile 2016, C-441/14, EU:C:2016:278, punto 32 e giurisprudenza ivi citata).

11.8.3. L'interpretazione conforme non è quella prospettata nel motivo di impugnazione dall'appellante, mentre può reputarsi tale quella del T.a.r..

12. Con il quarto motivo di appello, la società impugna il capo della sentenza che ha respinto il terzo motivo di ricorso, rilevando che la motivazione del T.a.r. non terrebbe conto della circostanza che la società aggiudicataria non ha dedotto né tanto meno dimostrato che le imprese cui intenderebbe subappaltare parte del servizio siano imprese collegate, ai sensi dell'art. 2359 del codice civile.

12.1. Il motivo di appello è inammissibile per un duplice ordine di motivi.

12.2. In primo grado, la società ricorrente ed odierna appellante ha impugnato l'art. 6, comma 3, dello schema di contratto allegato al bando di gara, deducendo che esso violerebbe l'art. 105 del d.lgs. n. 50/2016.

12.2.1. In particolare la società ricorrente ha contestato che, in applicazione dell'art. 105, l'aggiudicatario non potesse legittimamente prevedere il subappalto per una quota di attività pari al 47,56%, a fronte di un limite del 45% previsto dal bando, e che sarebbe, conseguentemente, illegittimo l'art. 6, comma 3, dello schema di contratto allegato al bando di gara che prevedrebbe che non sono computati nel predetto limite gli affidamenti intra-gruppo.

12.2.2. Precisamente, secondo la ricorrente: *“va decisamente considerato che la previsione appena riportata dello schema di contratto è palesemente illegittima e va pertanto annullata (con conseguente inammissibilità di una offerta che preveda il superamento del limite del 45%) in quanto la definizione di subappalto è delimitata in maniera rigorosa dalla legge (art.105 del codice degli appalti), la quale indica anche le sole ipotesi (tassativamente indicate al comma tre della norma), in cui le attività affidate a terzi non sono considerate subappalto.*

Tra queste eccezioni non figurano gli affidamenti infragruppo, per cui la norma dello schema di contratto è illegittima e non può trovare applicazione.”.

12.2.3. Con l'attuale motivo di appello, l'odierna appellante modifica però la *causa petendi* della censura, individuando nella violazione dell'art. 174 d.lgs. n. 50/2016 o meglio nella mancata prova dei presupposti previsti dalla norma l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione e degli atti della procedura di gara.

Segnatamente, l'appellante deduce che l'aggiudicataria non avrebbe comprovato l'esistenza di un “collegamento” ai sensi dell'art. 2539 c.c. fra essa e le imprese subappaltatrici, così come richiesto, per l'appunto, dall'art. 174 d.lgs. n. 50/2016.

Precisamente, secondo l'appellante: *“La motivazione non tiene conto della circostanza che la controinteressata non ha dedotto né tanto meno dimostrato che le imprese*

cui intenderebbe subappaltare parte del servizio siano imprese collegate, ai sensi dell'art. 2359 del codice civile”.

12.2.4. La censura articolata in questo grado del giudizio si fonda, con palese evidenza, su di un diverso paradigma normativo, che si afferma violato a causa della mancata prova, da parte dell'aggiudicataria, del ricorrere dei presupposti della fattispecie ivi disciplinata e invocata a proprio vantaggio.

12.2.5. Si tratta, tuttavia, di una censura “nuova”, che, pur potendo essere prospettata già nel primo grado del giudizio, viene nondimeno articolata, per la prima volta, in appello, e risulta dedotta, pertanto, in violazione del divieto di cui all'art. 104 c.p.a..

12.3. La censura articolata è però inammissibile anche per un'ulteriore ragione.

12.3.1. Nell'articolare in primo grado la censura in esame, la ricorrente ha dedotto che: l'aggiudicataria *“ha dichiarato l'intenzione di subappaltare attività per una percentuale (47,56%) superiore a quella massima (45%) consentita dal bando.”*.

12.3.2. Tuttavia, la ricorrente non individua la disposizione o la clausola del bando di gara che fisserebbe la percentuale di prestazione subappaltabile da parte dell'impresa aggiudicataria pari, secondo la ricorrente, al 45% e che risulterebbe violata dall'offerta tecnico-economica presentata dall'aggiudicataria, in ragione dell'indicazione di una percentuale superiore, quella del 47,56%.

12.3.4. La censura, per come formulata nel ricorso di primo grado, risulta, quindi, inammissibile per difetto di specificità. Infatti, il generico riferimento al bando di gara onererebbe il Collegio della disamina di ciascuna delle clausole di cui esso si compone per rinvenire il limite a cui si riferisce la ricorrente, in spregio del requisito di specificità delle censure (art. 40, comma 1, lett. d), c.p.a.) e dell'orientamento consolidato della giurisprudenza sul rapporto fra gli oneri di allegazione e la documentazione depositata (Cass. civ. Sez. I, 24 dicembre 2004, n. 23976; Sez. III, ord. 19 ottobre 2017 n. 24607).

12.3.5. Va peraltro evidenziato che, nel bando di gara, il Collegio neppure ha rinvenuto il limite invocato dalla ricorrente.

13. Con il quinto motivo di appello, l'appellante impugna il capo della sentenza che ha respinto il quarto motivo di ricorso.

La società deduce, censurando i singoli punti di cui si compone il capo della sentenza impugnato, che:

a) l'eccezione posta dall'art. 26 dello schema di contratto “*dovrebbe correttamente intendersi come riferita esclusivamente a ipotesi marginali, relative a prestazioni accessorie e strumentali connesse all'oggetto dell'appalto, svolte da soggetti che per tale ragione (diversità dell'oggetto) applicano contratti diversi?*”, altrimenti la norma si porrebbe in contrasto con l'art. 105 del d.lgs. n. 50/2016;

b) l'art. 105 sarebbe applicabile anche alle concessioni, laddove compatibile e non espressamente derogato, ai sensi dell'art. 164 del d.lgs. n. 50/2016 e, quindi, sarebbe erronea la statuizione del Tar che ne ritiene possibile l'applicazione soltanto se disposta con una norma espressa;

c) la giurisprudenza richiamata si riferirebbe ad una situazione normativa antecedente alla novella dell'art. 105 del codice appalti e, comunque, la medesima giurisprudenza afferma che le cooperative possano partecipare alla gara, laddove ne possiedano i requisiti, e non che un altro operatore, diverso dalle cooperative, possa così “*aggirare i vincoli posti dall'art. 105 mediante il ricorso alle cooperative sociali, che diventano in questo modo strumento per distorcere il corretto confronto concorrenziale tra operatori che dovrebbero essere posti in condizioni di parità?*”.

13.1. Il motivo di appello è infondato.

13.2. In base a consolidata giurisprudenza, la *lex specialis* e la documentazione di gara si interpretano mediante l'applicazione del canone ermeneutico che fa prevalere il tenore letterale del testo interpretando (Cons. Stato, Sez. III, 28 maggio 2020, n. 3374; di recente, *ex multis*, Sez. VI, 06 febbraio 2023, n. 1232).

13.3. Il medesimo criterio ermeneutico guida anche l'interpretazione del “contratto” (Cass. civ., Cass. civ., Sez. lavoro, 26 ottobre 2021, n. 30135; si cfr.,

inoltre, *ex aliis*; Sez. lavoro, ord., 25 gennaio 2022, n. 2173; Sez. lavoro, ord., 3 novembre 2021, n. 31422; Sez. V, ord., 21 settembre 2021, n. 25459, che sottolineano la prevalenza “gerarchica” di questo criterio; si cfr., inoltre, Cass. civ., Sez. I, ord., 07 ottobre 2021, n. 27232; Sez. III, ord., 17 novembre 2021, n. 34795; Sez. I, ord., 02 luglio 2020, n. 13595, che evidenziano la priorità del canone in questione, ancorché “*non in senso assoluto*”).

13.4. L’art. 26, comma 2, dello schema di contratto dispone che: “*Il Gestore deve applicare al proprio personale dipendente il Contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (FISE – UTILITALIA/EX FEDERAMBIENTE)*”.

Il medesimo articolo, al comma 3, prevede inoltre che: “*Il Gestore si impegna a garantire che al personale dipendente di imprese terze a qualsiasi titolo impiegate nello svolgimento delle attività operative del servizio sia applicato il Contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l’attività oggetto del subaffidamento*”.

Il riferimento al “*proprio personale*” e al “*Contratto collettivo nazionale... FISE – UTILITALIA/EX FEDERAMBIENTE*”, richiamato con riguardo al gestore del servizio, contenuto nel comma 2, e il riferimento al “*Contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore*” richiamato quanto all’esecuzione delle prestazioni di lavoro effettuata dal “*personale dipendente di imprese terze a qualsiasi titolo impiegate*”, contenuto al comma 3, marcano la differente disciplina prevista per le due diverse tipologie di impiego e inducono, pertanto, a ritenere correttamente motivata la sentenza del T.a.r..

13.5. La censura di parte appellante implica un’applicazione dell’art. 26 contrario al suo tenore letterale.

13.6. Le ultime due censure dedotte con il quinto motivo, che vanno esaminate congiuntamente in quanto basate su di un’argomentazione analoga,

devono essere respinte.

13.7. Le censure in esame presuppongono, infatti, l'applicazione dei principi ricavabili dall'art. 105 d.lgs. n. 50/2016, secondo una prospettazione già enunciata nel terzo motivo di appello.

13.8. Le motivazioni già espresse per confutare il terzo motivo di appello giustificano la reiezione delle censure in esame.

13.9. Nondimeno, va soggiunto che l'art. 105, invocato dall'appellante, prevede al comma 2 che: *“Alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione.”*.

13.10. Dal testo della disposizione richiamata, risulta evidente che la norma individua, elencandoli, gli ambiti nei quali, nei limiti di compatibilità fra i diversi istituti dell'appalto e della concessione, risultano applicabili le norme contenute nella parte I e nella parte II.

13.11. Ebbene, parte appellante né in primo né in secondo grado individua in quale di questi ambiti si iscriverebbe l'applicazione dell'art. 105 d.lgs. n. 50/2016, per il profilo relativo all'applicazione del medesimo contratto collettivo sia al gestore selezionato che al sub-appaltatore, postulandone l'applicazione in ragione della clausola di compatibilità contenuta nell'art. 164, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, in maniera del tutto apodittica e assertiva.

13.12. Neppure, infine, risulta persuasiva l'interpretazione critica operata dall'appellante circa la giurisprudenza di questo Consiglio citata dal T.a.r..

13.12.1. Il precedente richiamato, infatti, enuncia il principio secondo cui *“La cooperativa sociale che partecipa a gare pubbliche è tenuta a rispettare il proprio CCNL di settore (cfr. art. 30 D.Lgs. n. 50 del 2016): non solo ciò è naturaliter coerente con la*

natura giuridica dell'impresa, con la relativa connotazione sociale e, a monte, con il rapporto biunivoco che lega forma giuridica cooperativa e contrattazione collettiva applicabile, ma un obbligo (che si volesse trarre implicitamente dalla lex specialis) di adozione di un CCNL diverso da quello fisiologicamente applicabile avrebbe l'effetto equivalente di scoraggiare la partecipazione alle gare pubbliche delle imprese cooperative sociali e si porrebbe, pertanto, in tensione con i fondamentali ed inderogabili valori giuridici unionali e nazionali di massima apertura del mercato degli appalti pubblici? (Cons. Stato, Sez. IV, 7 giugno 2021, n. 4353).

13.12.2. Nella censura di appello, non si individuano validi argomenti per i quali il contratto collettivo applicabile dovrebbe mutare a seconda che la cooperativa sociale realizzi in proprio il servizio oppure ne sia coinvolta in qualità di subappaltatrice.

14. Con il sesto motivo di appello, l'appellante impugna il capo della sentenza che ha respinto il quinto motivo di ricorso.

Si deduce, rispetto al punto della motivazione che rileva la mancanza di prove, che essa è dipesa dalla mancata ostensione dei documenti richiesti.

Rispetto alla declaratoria di infondatezza per contraddittorietà della censura sviluppata nel quinto motivo di ricorso con quella articolata con il settimo motivo di ricorso, l'appellante deduce che *“non vi è alcuna contraddittorietà, atteso che la ricorrente ha inteso denunciare l'anomalia derivante dalla circostanza che l'offerta economica di -OMISSIS- non si discosti di molto dalla propria nonostante essa offra un monte ore superiore di circa il 50% (che avrebbe dovuto determinare un corrispondente incremento del prezzo offerto).”*.

14.1. Il sesto motivo è infondato.

14.2. La mancata conoscenza della documentazione di gara, per quanto innanzi motivato ai §§ 9 e seguenti, è esclusivamente imputabile alla parte istante e alla carente formulazione dell'istanza di accesso.

14.3. La confutazione della censura, con la quale si è gravato uno dei punti in cui si articola il capo della sentenza impugnato, rende inutile l'esame della doglianza relativa all'ulteriore punto della motivazione che il T.a.r. ha

sviluppato per respingere il quinto motivo di ricorso di primo grado. Si verte, infatti, sull'impugnazione di un capo della sentenza di primo grado la cui statuizione di rigetto si fonda su una pluralità di *rationes decidendi*, tutte convergenti nel senso della reiezione del motivo di censura articolato con il ricorso introduttivo del giudizio, sicché è sufficiente che una di esse sia confermata per rendere inutile l'esame delle rimanenti censure che contestano gli ulteriori punti che compongono il capo della sentenza (Cons. Stato, sez. IV, 25 gennaio 2023 n. 848).

15. Con il settimo motivo di appello, si impugna il capo della sentenza che ha respinto il settimo motivo di ricorso.

L'appellante censura la declaratoria di inammissibilità, rilevando che la prova di resistenza avrebbe dovuto riguardare il complesso delle censure afferenti l'attribuzione dei punteggi all'offerta tecnica ed economica, *“come proposte e come potranno essere ulteriormente puntualizzare in seguito alla doverosa ostensione dei documenti finora illegittimamente sottratti all'accesso”*.

L'appellante censura altresì la declaratoria di infondatezza, in quanto *“lo stesso giudice di primo grado non nega che l'effetto distorsivo nel caso concreto si sia verificato, sicché la dedotta irragionevolezza della formula utilizzata trova piena conferma nell'esito della gara”*.

15.1. Il settimo motivo di appello è infondato.

15.2. Il Collegio evidenzia che la motivazione offerta dal T.a.r. per respingere il corrispondente motivo di ricorso non trova un'adeguata censura da parte della doglianza d'appello.

15.3. La società appellante critica la motivazione della sentenza, affermando che *“lo stesso giudice di primo grado non nega che l'effetto distorsivo nel caso concreto si sia verificato, sicché la dedotta irragionevolezza della formula utilizzata trova piena conferma nell'esito della gara”*.

15.4. Tuttavia, con congrua e corretta motivazione, il T.a.r. ha rilevato come il giudizio sulla legittimità della scelta della formula prescelta per l'assegnazione dei punteggi non possa essere compiuto ragionando *a posteriori*, quando è

oramai noto il numero di partecipanti alla gara. Il numero degli operatori partecipanti alla gara costituisce infatti una variabile non nota all'amministrazione.

15.5. Nelle gare pubbliche la formula da utilizzare per la valutazione dell'offerta economica può essere scelta dall'amministrazione con ampia discrezionalità, la quale si estrinseca non solo nella definizione dei criteri da porre quale riferimento per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma anche nella individuazione delle formule matematiche da usare per l'attribuzione del punteggio, con la conseguenza che il sindacato giurisdizionale nei confronti di tali scelte, tipica espressione di discrezionalità tecnico amministrativa, può essere consentito unicamente in casi in cui le stesse risultino abnormi, sviate o manifestamente illogiche (Cons. Stato, sez. IV, 10 luglio 2020, n. 4413; sez. V, 18 giugno 2018, n. 3733; sez. V, 10 agosto 2016, n. 3579).

15.6. Le doglianze svolte in primo grado non hanno individuato alcun profilo di abnormità, sviamento o manifesta illogicità della scelta, essendosi verificata la divaricazione fra i punteggi delle due partecipanti alla gara in ragione di una variabile – la partecipazione di due sole concorrenti – non dipendente dall'amministrazione e che, dunque, come tale non può incidere sulla legittimità del criterio prescelto.

15.7. Neppure risulta fondata la doglianza che fa leva sulla mancata ostensione degli atti di gara, ulteriori rispetto a quelli che la stazione appaltante ha fornito alla ditta odierna appellante, ciò in ragione delle motivazioni compiutamente esposte ai §§. 9 e seguenti della sentenza.

16. Con l'ultimo motivo di appello, si grava infine il capo della sentenza che ha respinto i motivi aggiunti, in considerazione “*dell'auspicato accoglimento dei motivi di appello*” e stante lo stretto rapporto di presupposizione degli atti impugnati per aggiunta con quelli impugnati in via principale e, conseguentemente, per l'illegittimità derivata che inficerebbe i primi in ragione dei secondi.

16.1. L'ultimo motivo di appello è infondato.

16.2. Dalla reiezione delle censure relative ai motivi di impugnazione contenuti nel ricorso introduttivo del giudizio discende, da un lato, la reiezione sia delle ulteriori domande di accertamento e di condanna contenute in quest'ultimo atto e, dall'altro, la reiezione dei motivi aggiunti.

17. La reiezione delle domande proposte dalla ricorrente di primo grado determina altresì l'improcedibilità per sopravvenuta carenza d'interesse dell'appello incidentale proposto dalla società controinteressata.

18. In conclusione, l'appello va respinto, mentre l'appello incidentale va dichiarato improcedibile.

19. Nella complessità delle questioni controverse e nella novità di alcune questioni, si ravvisano le eccezionali ragioni sancite dal combinato disposto degli artt. 26 comma 1 c.p.a. e 92 comma 2 c.p.c. per compensare integralmente le spese del grado di giudizio, fermo restando che il contributo unificato è da porsi a carico integrale ed esclusivo di parte appellante.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello n.r.g. 3528/2022 e sull'appello incidentale, respinge l'appello e dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Compensa le spese del presente giudizio.

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 10 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.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2023 con l'intervento dei magistrati:

Gerardo Mastrandrea, Presidente

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Luca Lamberti, Consigliere

Michele Conforti, Consigliere, Estensore

Emanuela Loria, Consigliere

L'ESTENSORE
Michele Conforti

IL PRESIDENTE
Gerardo Mastrandrea

IL SEGRETARIO

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