

Pubblicato il 29/01/2024

N. 00887/2024REG.PROV.COLL.  
N. 08571/2023 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 8571 del 2023, proposto da Archliving s.r.l., in proprio e quale mandataria di Rtp con le mandanti Binario Lab s.r.l., Des. Geo s.s., Tekser s.r.l., Acale s.r.l., Acale Studio Associato, Tomasone Studio Associato, Campedelli Alessandro, Odb & Partners s.r.l., Zenith s.r.l., nonché proposto da tutte le suddette mandanti, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Sergio Fidanzia e Angelo Gigliola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Agenzia del Demanio, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Prima) n. 433/2023, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Agenzia del Demanio;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 gennaio 2024 il Cons. Alberto

Urso e uditi per le parti gli avvocati Gigliola e dello Stato Paolucci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con ricorso *ex* art. 116 Cod. proc. amm. la Archliving s.r.l., in proprio e quale mandataria del Rtp indicato in epigrafe, impugnava il provvedimento del 7 marzo 2023 con cui l'Agenzia del Demanio - Direzione regionale Emilia Romagna aveva negato l'accesso documentale richiesto dalla stessa Archliving con istanza del 6 febbraio 2023; conseguentemente, la stessa ricorrente domandava l'accertamento del proprio diritto ad accedere alla documentazione richiesta.

Detta documentazione ineriva all'esecuzione del contratto del 20 dicembre 2021 relativo ai servizi attinenti alla progettazione definitiva ed esecutiva, direzione lavori, coordinamento per la sicurezza, oltreché aggiornamento del rilievo in modalità Bim e integrazioni alle indagini preliminari all'intervento di restauro e risanamento conservativo del complesso monumentale ex abbazia dei SS. Felice e Naborre (ora caserma Gucci), sito in Bologna, da parte del Rtp Progin s.p.a., subentrato nel relativo affidamento al Rtp ricorrente a seguito di risoluzione del contratto (già stipulato col detto Rtp Archliving il 23 giugno 2020) disposta dalla stazione appaltante il 29 settembre 2021.

La richiesta documentale era motivata da ragioni di difesa nell'ambito di un contenzioso pendente davanti al Tribunale ordinario di Bologna per l'annullamento proprio della determinazione dell'amministrazione del 29 settembre 2021 di risoluzione del suddetto contratto già in essere con l'Archliving.

Deduceva in primo grado la ricorrente, in sintesi: l'erroneità del provvedimento di diniego dell'accesso nella parte in cui riteneva insussistente in capo alla Archliving un interesse concreto e attuale a conoscere la documentazione richiesta, in realtà fondamentale per la difesa della stessa ricorrente nel giudizio ordinario su richiamato, né la richiesta d'accesso avrebbe determinato nella specie un controllo generalizzato dell'attività amministrativa; deduceva inoltre la pretestuosità della motivazione del provvedimento ove affermava la riservatezza dei documenti ai sensi dell'art. 2578 Cod. civ. e riteneva prevalente l'interesse alla riservatezza, nonché ove affermava l'assenza di prova del nesso causale e, in via sviata, mirava a rendere più difficoltosa la prova nella detta sede processuale anziché voler tutelare gli interessi affermati.

2. Il Tribunale amministrativo adito, nella resistenza dell'Agenzia del Demanio, respingeva il ricorso.

Per quanto di rilievo, il giudice di primo grado riteneva assente un interesse diretto, concreto e attuale all'ottenimento della documentazione richiesta, non essendo rinvenibile nella specie il nesso di necessaria strumentalità tra la documentazione medesima e la situazione finale controversa, considerato che i documenti richiesti afferivano all'esecuzione dell'affidamento da parte di un terzo e che il relativo contratto non aveva alcun rapporto con il giudizio rispetto al quale la ricorrente aveva dedotto le proprie esigenze difensive, giudizio che atteneva appunto alla risoluzione del (diverso) contratto d'appalto fra la Archliving e l'amministrazione.

In tale prospettiva il Tar riteneva che l'istanza fosse meramente esplorativa, e come tale inammissibile.

3. Avverso la sentenza ha proposto appello la Archliving.

4. Giusta decreto n. 1496 del 2023, il Presidente di questa V Sezione rilevava come l'atto di appello superasse i limiti dimensionali prescritti dal d.P.C.S. n. 167 del 2016 e, ritenendo la sussistenza di possibili ragioni di definizione in rito, almeno in parte, del gravame, nonché sollecitando conseguentemente il

contraddittorio delle parti al riguardo, fissava la camera di consiglio del 18 gennaio 2024, anche ai sensi dell'art. 72-*bis* Cod. proc. amm.

5. Con successivo atto del 18 dicembre 2023 l'appellante ha dichiarato di rinunciare *ex art.* 7 d.P.C.S. n. 167 del 2016 ad alcuni argomenti e parti dell'atto d'appello al fine di garantire il rispetto dei limiti dimensionali prescritti, e così ha depositato un atto di “*rimodulazione*” del ricorso in appello, espungendovi gli argomenti e le parti rinunciate.

6. Deduce l'appellante con tale atto:

I) erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto che la pendenza del giudizio di merito non integri un interesse concreto e attuale alla conoscenza degli atti richiesti; omessa valutazione della circostanza che è stata proprio l'amministrazione, nel giudizio di merito, a richiamare l'operato del nuovo aggiudicatario Rtp Progin, per dimostrare l'inadempimento del Rtp Archliving; motivazione apparente e/o contraddittoria della sentenza; per quanto riguarda il provvedimento amministrativo, violazione e falsa applicazione degli artt. 22, 23, 24 della legge n. 241 del 1990; eccesso di potere per illogicità manifesta, difetto di motivazione del provvedimento *sub specie* di motivazione carente, apparente, o comunque contraddittoria; sviamento di potere; eccesso di potere in tutte le sue forme; violazione del diritto di difesa *ex artt.* 24 e 111 Cost. nella parte in cui l'Agenzia del Demanio ha ritenuto insussistente un interesse concreto alla conoscenza degli atti;

II) erroneità della sentenza nella parte in cui non ha valutato l'esistenza di altre ragioni legittimanti l'accesso agli atti, ulteriori rispetto alla pendenza del giudizio di merito; motivazione carente e/o assente; motivazione contraddittoria; in relazione al provvedimento amministrativo: violazione e falsa applicazione degli artt. 22, 23, 24 della legge n. 241 del 1990; eccesso di potere per illogicità manifesta, difetto di motivazione del provvedimento *sub specie* di motivazione carente, apparente, o comunque contraddittoria;

III) erroneità della sentenza laddove ha ritenuto che la documentazione richiesta afferisca ad un soggetto terzo; omessa e/o carente motivazione;

motivazione illogica e/o contraddittoria e/o perplessa; per quanto concerne il provvedimento: violazione e falsa applicazione degli artt. 22, 23, 24 della legge n. 241 del 1990; eccesso di potere per illogicità manifesta, difetto di motivazione del provvedimento *sub specie* di motivazione carente, apparente, o comunque contraddittoria; illogicità manifesta; sviamento di potere nella parte in cui si ritengono prevalenti le esigenze di cui all'art. 2578 Cod. civ.

7. Resiste al gravame l'Agencia del Demanio.

8. Alla camera di consiglio del 18 gennaio 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Può prescindersi dall'esame dell'eccezione sollevata dall'appellante in ordine all'inammissibilità per tardività della memoria difensiva dell'amministrazione, considerato che si tratta di memoria in sé non rilevante ai fini del decidere, riguardando profili e questioni in parte già trattate dalle parti nel precedente grado di giudizio, e comunque rimesse all'autonomo apprezzamento e valutazione del Collegio.

2. D'altra parte, può prescindersi comunque dall'esame delle eccezioni preliminari sollevate dall'amministrazione, stante il rigetto nel merito dell'appello.

3. Col primo motivo di gravame l'appellante si duole dell'errore in cui sarebbe incorso il giudice di primo grado nel ritenere insussistente un interesse concreto e attuale di Archliving alla conoscenza dei documenti richiesti, che invece risulterebbero fondamentali ai fini del contenzioso civile pendente in quanto indirettamente citati dalla difesa avversaria, la quale ha affermato la realizzazione del progetto e il rispetto del cronoprogramma da parte del Rtp Progin, nonché il mancato utilizzo da parte di quest'ultimo di documentazione facente capo al Rtp Archliving.

In tale contesto, è stata la stessa amministrazione convenuta in sede civile a richiamare l'operato di Progin quale parametro di raffronto per confermare

l'inadempimento di Archliving: di qui la rilevanza dei documenti inerenti alla fase esecutiva del rapporto con la stessa Progin.

Né sarebbe ravvisabile nella specie un controllo generalizzato dell'attività amministrativa, dovendo considerarsi d'altra parte, al riguardo, che Archliving non ha perfetta contezza di quanto occorso nel rapporto fra l'amministrazione e Progin.

Allo stesso modo, sarebbe irrilevante la qualificazione degli atti richiesti dall'interessata quali "operativi", atteso che comunque gli stessi hanno rilievo ai fini dell'accertamento dei fatti processuali richiamati dall'amministrazione nel suddetto giudizio civile.

In tale contesto, il Rtp Archliving sarebbe portatore di un interesse diretto, concreto e attuale alla conoscenza dei documenti richiesti, in ragione di quanto suindicato, venendo in rilievo nella specie una richiesta documentale tutt'altro che esplorativa.

3.1. Col secondo motivo l'appellante si duole dell'omesso esame delle ragioni ulteriori rispetto alla mera pendenza del giudizio addotte da Archliving ai fini dell'accesso, dalle quali si evinceva la "*necessaria strumentalità*" della documentazione richiesta.

Nella specie, quanto al cronoprogramma, lo stesso occorrerebbe per verificare (e difendersi su) la dedotta tempistica delle attività esecutive richiamata dall'amministrazione nel giudizio civile, laddove la stessa afferma che Archliving non sarebbe riuscita ad adempiere alla medesima obbligazione nonostante il tempo superiore concesso.

L'ulteriore documentazione sarebbe necessaria a fronte dell'affermazione dell'amministrazione per cui Progin avrebbe iniziato a trasmettere i primi elaborati del progetto definitivo, nonché a fronte delle deduzioni della stessa amministrazione in ordine al necessario aggiornamento dei costi alla luce della tempistica maturata.

3.2. Col terzo motivo l'appellante si duole dell'errore commesso dal Tar nell'affermare che i documenti richiesti fossero relativi a un soggetto terzo

rispetto al contenzioso pendente, quando invece si tratta comunque di documentazione pubblica, rispetto alla quale non sono invocabili i limiti *ex art. 2578 Cod. civ.* (profilo, esposto nel provvedimento di diniego, su cui peraltro il Tar non avrebbe preso posizione espressa, così incorrendo anche in un'omessa motivazione).

Ancora, incorrerebbe in errore la sentenza nell'affermare che venga in rilievo nella specie la posizione di un terzo, e dunque laddove condivide la logica provvedimentoale che ritiene prevalente il diritto alla riservatezza dei documenti, quando invece è da ritenere *ex lege* prevalente l'esigenza di difesa in giudizio.

3.3. I motivi, che vanno esaminati congiuntamente per connessione e stretta interdipendenza di alcune delle questioni trattate, sono infondati.

3.3.1. È pacifico tra le parti, ed emerge chiaramente dalla documentazione in atti, come l'istanza d'accesso controversa sia stata formulata dalla Archliving ai sensi degli artt. 22 ss. l. n. 241 del 1990, e in tale prospettiva è stato proposto il corrispondente ricorso in primo grado.

Per questo le doglianze formulate vanno esaminate, coerentemente con la *causa petendi* fatta valere, nella prospettiva dell'accesso documentale di cui alla disciplina *ex art. 22 ss. l. n. 241 del 1990* (riguardo alla necessità di esaminare l'istanza di accesso, in sede amministrativa e giudiziale, in termini coerenti con il modello generale di accesso eventualmente esplicitato e fatto valere dall'interessato, cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10).

Nella specie, l'appellante riveste la posizione di aggiudicataria che s'è vista risolvere il contratto d'appalto stipulato, e in funzione della corrispondente controversia di merito - intesa ad accertare l'illegittimità di tale risoluzione e le responsabilità dell'amministrazione - formula l'istanza d'accesso, indirizzata in termini specifici all'acquisizione di vari documenti inerenti alla fase esecutiva dell'affidamento a seguito del subentro di altro contraente.

Per questo, detto accesso persegue un interesse di carattere difensivo, correlato e funzionale alla vicenda contenziosa nei confronti della stazione

appaltante in ordine alla responsabilità per l'intervenuta risoluzione contrattuale.

In tale prospettiva, l'appellante fa valere la cd. "logica difensiva" dell'accesso (Cons. Stato, Ad. plen., 25 settembre 2020, n. 19, 20 e 21), che la legge correla a una precipua forma d'accesso (anche sul piano probatorio) ai sensi dell'art. 24, comma 7, l. n. 241 del 1990 - e, in materia di contratti pubblici, *ex art.* 53, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016 (oggi art. 35, comma 5, d.lgs. n. 36 del 2023) che ne rappresenta una speciale declinazione - qual è quello del cd. "accesso difensivo" (Cons. Stato, Ad. plen., n. 19-21 del 2020, cit.; V, 3 maggio 2021, n. 3459; per le distinzioni, cfr. anche Id., VI, 8 febbraio 2021, n. 1154).

A tal riguardo, come chiarito dalla giurisprudenza, l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, con le citate sentenze n. 19, 20 e 21 del 2020, ha precisato che l'accesso difensivo è consentito, in prospettiva generale, a condizione che la parte dimostri:

*“a) la necessità (o la stretta indispensabilità) 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 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; in relazione a tale condizione l’Adunanza plenaria ha ulteriormente aggiunto che:*

*a1) è 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;*

*a2) al fine di verificare la corrispondenza tra la situazione (sostanziale) giuridicamente tutelata ed 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;*

*a3) il giudizio sull'interesse legittimante è ancorato inoltre ai canoni della 'immediatezza', 'concretezza' e 'attualità' (secondo l'indicazione dell'art. 22, comma 1, lett. d) l. n. 241 del 1990);*

*che, inoltre, l'istante dimostri:*

*b) la corrispondenza, mediante la quale è circoscritto l'interesse all'accesso agli atti solo ad una situazione giuridicamente tutelata;*

*c) 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, 'è per l'ottenimento del quale l'accesso difensivo, in quanto situazione strumentale, fa da tramite'" (Cons. Stato, n. 3459 del 2021, cit.; cfr. anche Cons. Stato, Ad. plen., 18 marzo 2021, n. 4; Cons. Stato, V, 7 luglio 2022, n. 851).*

Al contempo, una volta accertati i presupposti dell'accesso difensivo nei termini suindicati - e, anzitutto, nella prospettiva della necessità o stretta indispensabilità (quest'ultima in caso di «*dati sensibili o giudiziari*», ex art. 24, comma 7, l. n. 241 del 1990, ovvero di «*segreti tecnici o commerciali*», ex art. 53, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016) del documento a fini difensivi, a fronte del suo collegamento alla situazione finale evocata - all'amministrazione e al giudice non è demandata “*alcuna ultronea valutazione sulla influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione o allo stesso giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso*” (Cons. Stato, Ad. plen., n. 4 del 2021, cit.).

3.3.2. Facendo applicazione dei suesposti principi al caso di specie risulta l'infondatezza delle domande dell'appellante.

Questa invoca infatti l'accesso agli atti relativi alla fase esecutiva del rapporto con il subentrante contraente Rtp Progin in relazione a una domanda (e

sottostante situazione giuridica invocata) inerente alla risoluzione del *proprio* contratto d'appalto e correlata responsabilità dell'amministrazione.

In tale contesto, non è dato ravvisare il suddetto (necessario) elemento del *collegamento* o *nesso strumentale*, riconducibile al fatto 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, 'è per l'ottenimento del quale l'accesso difensivo, in quanto situazione strumentale, fa da tramite*” (Cons. Stato, n. 3459 del 2021, cit., che si richiama ai suesposti principi enunciati dall'Adunanza plenaria).

Rispetto alle situazioni giuridiche invocate in sede giudiziale dall'appellante (funzionalmente alle quali l'accesso *difensivo* è spiegato) non è dato infatti ravvisare alcun *nesso*, atteso che i fatti posti a fondamento di tali domande, e dei quali l'interessata è tenuta a fornire prova *ex art. 2697 Cod. civ.*, non presentano alcun diretto collegamento coi documenti richiesti, inerenti alla fase esecutiva di altro contratto.

Né rileva, in senso contrario, il richiamo di circostanze relative all'esecuzione di tale altro contratto da parte della difesa avversaria nell'ambito del citato giudizio ordinario, atteso che ciò non vale a radicare *sic et simpliciter* un collegamento (necessario) tra la situazione giuridica soggettiva invocata dall'interessata e il documento richiesto, tanto più che a ciascuna parte (inclusa quella eccipiente) compete l'onere di fornire prova dei fatti allegati, siano essi fondativi dei diritti fatti valere, ovvero impeditivi, modificativi od estintivi.

A diversamente ragionare, del resto, qualsivoglia deduzione difensiva della controparte varrebbe a determinare di per sé un collegamento tra la situazione soggettiva invocata e i documenti correlati alla detta deduzione difensiva, ancorché del tutto estranea all'effettivo oggetto del contendere e agli elementi a fondamento della situazione giuridica fatta valere dall'interessato.

Il che è sufficiente al rigetto dell'appello, stante l'assorbente carenza di un presupposto necessario all'accesso (difensivo), qual è il nesso di strumentalità

tra i documenti richiesti e l'azione proposta e relativa difesa, nel quadro del giudizio - qual è il presente - sul rapporto inerente la spettanza in sé del diritto d'accesso.

Né del resto è fondato l'argomento prospettato da parte appellante nell'ambito del secondo motivo di gravame in ordine alla sussistenza di “*motivazioni ulteriori*” alla pendenza del giudizio, da cui si sarebbe altrimenti evinta la “*necessaria strumentalità*” della documentazione richiesta: a ben vedere, tali motivazioni afferiscono infatti, nella stessa prospettazione dell'appellante, alla necessità di replicare ad argomenti difensivi dell'amministrazione in sede civile, rientrando dunque pur sempre nell'ambito dell'anelito ostensivo a fini difensivi, come tale astretto alle (qui non integrate) condizioni suesposte.

4. In conclusione, per le suesposte ragioni, l'appello va respinto.

4.1. Le spese di lite vanno poste a carico dell'appellante, secondo criterio di soccombenza, e liquidate nella misura di cui in dispositivo in favore dell'amministrazione costituita.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge;

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese lite, che liquida nella misura di € 1.500,00, oltre accessori di legge, in favore dell'amministrazione costituita.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 gennaio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Alberto Urso**

**IL PRESIDENTE**  
**Rosanna De Nictolis**

**IL SEGRETARIO**