

Pubblicato il 02/05/2024

N. 03979/2024REG.PROV.COLL.
N. 00765/2024 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 765 del 2024, proposto da
Boldyn Networks Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dagli avvocati Massimiliano Brugnoletti e Santi Dario
Tomaselli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e
domicilio fisico eletto presso lo studio Massimiliano Brugnoletti in Roma, via
Antonio Bertoloni n. 26/B;

contro

Vodafone Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dagli avvocati Paolo Giovanni Borghi, Marco Sica,
Fabio Cintioli e Paolo Giugliano, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Fabio Cintioli in
Roma, via Vittoria Colonna 32;
Roma Capitale - Dipartimento Trasformazione Digitale, Roma Capitale -

Dipartimento Centrale Appalti, Roma Capitale - Dipartimento Centrale Appalti - Direzione Centrale Lavori Pubblici, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Comune di Roma, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi D'Ottavi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

I.F.M. - Italiana Facility Management s.p.a., Alfredo Cecchini s.r.l. e Unidata s.p.a., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 18915/2023, resa tra le parti,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Vodafone Italia S.p.A. e di Comune di Roma;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2024 il Cons. Sara Raffaella Molinaro e uditi per le parti gli avvocati Tomaselli, Giugliano e D'Ottavi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La controversia riguarda il silenzio-diniego formatosi in data 6 settembre 2023 sull'istanza inoltrata in data 7 agosto 2023 con cui Vodafone Italia s.p.a. (di seguito: "Vodafone") ha richiesto l'ostensione della documentazione inerente l'aggiudicazione della procedura di gara avente ad oggetto "*Project financing ai sensi dell'art. 183, comma 15 del D.lgs. n. 50/2016 ss.mm.ii. Proposta di partenariato pubblico privato in finanza di progetto per la realizzazione, gestione,*

conduzione e manutenzione di infrastrutture di connettività abilitanti il 5G e il Wi-Fi nel territorio comunale di Roma Capitale - Progetto #Roma5G”, disposta in favore del raggruppamento composto dalla mandataria Boldyn Networks Italia s.p.a. (già BAI Communications Italia s.p.a.) e dalle mandanti Italiana Facility Management s.p.a., Alfredo Cecchini s.r.l. e Unidata s.p.a., nonché dell’offerta dal raggruppamento presentata.

2. Vodafone ha proposto ricorso al Tar Lazio – Roma, impugnando altresì:

- la nota di Roma Capitale 7 settembre 2023 n. GU/2023/0011344, con cui l’Amministrazione ha rigettato espressamente l’istanza d’accesso presentata da Vodafone;

- ogni altro atto ulteriore, connesso o successivo ancorché non conosciuto.

La società ha altresì chiesto l’accertamento del diritto ad accedere in versione integrale e non oscurata a tutta la documentazione indicata nell’istanza trasmessa in data 7 agosto 2023, nonché la condanna dell’Amministrazione a ostendere detta documentazione.

3. Il Tar, con sentenza 13 dicembre 2023 n. 18915, ha accolto il ricorso e per l’effetto ha ordinato a Roma Capitale di procedere, entro il termine di giorni 30 (trenta) decorrente dalla comunicazione della presente sentenza (ovvero dalla relativa notifica, se anteriore), all’esibizione della richiesta documentazione (con l’eccezione dei documenti di cui al punto 19 della presente sentenza), ferma restando l’eventuale espunzione delle sole parti effettivamente recanti elementi puntualmente riconducibili a brevetti, diritti di privativa industriale, know how specifici.

4. La controinteressata Boldyn Networks Italia s.p.a. (di seguito: “Boldyn”) ha appellato la sentenza con ricorso n. 675 del 2024.

5. Nel corso del presente grado di giudizio si sono costituiti Vodafone e Roma Capitale.

6. All'udienza camerale del 4 aprile 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

7. In via pregiudiziale si rileva l'infondatezza dell'eccezione di inammissibilità dell'appello in ragione dell'avvenuta ostensione dei documenti a seguito della sentenza di accoglimento del Tar.

7.1. Sussiste infatti l'interesse del controinteressato (all'accesso) alla decisione del ricorso in appello in quanto l'eventuale accoglimento dell'appello e la conseguente reiezione del ricorso introduttivo priva Vodafone della possibilità di utilizzare i documenti ostesi. E quindi munisce l'appellante degli strumenti volti a tutelarsi da un eventuale uso indebito degli stessi. Laddove invece la declaratoria di improcedibilità del ricorso, in presenza della qui impugnata sentenza di accoglimento del Tar, non consentirebbe all'appellante di inibire l'uso che eventualmente la società appellata voglia fare della documentazione, in quanto fondata su una pronuncia giurisdizionale di accoglimento idonea per tale via a divenire definitiva.

Del resto, ritenere che l'avvenuto accesso ai documenti in ottemperanza alla sentenza di primo grado determini il venir meno dell'interesse a impugnare da parte del controinteressato (all'accesso) significa privare il processo sull'accesso del secondo grado di giudizio (su cui Ad. plen. 24 gennaio 2023 n. 4) o la sentenza del Tar dell'efficacia esecutiva.

8. Con il primo motivo l'appellante ha dedotto la nullità della sentenza ai sensi dell'art. 105 c.p.a., con richiesta di rinvio al giudice di primo grado in quanto la camera di consiglio sarebbe stata fissata senza rispettare i termini a difesa.

8.1. Il motivo è infondato.

8.2. La tesi è che la camera di consiglio nella quale è stato discusso il ricorso *ex* art. 116 c.p.a., celebrata il 6 dicembre 2023, non è stata fissata nel rispetto del

combinato disposto degli artt. 87 comma 3 e 46 c.p.a.

Nel terzo comma dell'art. 87 c.p.a. (che si applica ai giudizi *“in materia di accesso ai documenti amministrativi e di violazione degli obblighi di trasparenza amministrativa”*) è previsto che *“La camera di consiglio è fissata d'ufficio alla prima udienza utile successiva al trentesimo giorno decorrente dalla scadenza del termine di costituzione delle parti intimatè”*.

Con l'art. 46 c.p.a. è disposto che le parti possono costituirsi nel termine di *“sessanta giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notificazione del ricorso”*, termine ridotto a 30 giorni nei ricorsi in materia di accesso per effetto dell'art. 87 c.p.a.

Nel caso di specie il ricorso è stato notificato da Vodafone in data 6 ottobre 2023, con scadenza del termine di 30 giorni per la costituzione delle parti il 5 novembre 2023 (domenica), termine prorogato *ex lege* a lunedì 6 novembre 2023 (art. 51 comma 3 c.p.a.) e del successivo termine di trenta giorni il 6 dicembre 2023.

Secondo l'appellante la celebrazione della prima udienza utile non avrebbe potuto essere fissata prima del 7 dicembre 2023.

Nondimeno, a seguito di istruttoria, è stato appurato che la difesa dell'appellante ha partecipato alla suddetta udienza senza eccipire la violazione del proprio diritto di difesa.

Nel verbale dell'udienza camerale si legge infatti che *“Vengono uditi l'Avv. P. Giugliano per la parte ricorrente e l'Avv. G. Mento, in sostituzione per delega orale, dell'Avv. P. Rea per Boldyn Networks Italia S.p.A.”* e che *“Il Presidente dispone che la causa venga trattenuta in decisione”*.

Posto che rientra nelle prerogative di parte rinunciare ai termini previsti a tutela delle esigenze difensive, la stessa parte, dopo che vi ha rinunciato, non può a posteriori dolersi di quanto dalla stessa accettato in primo grado

allorquando ha partecipato all'udienza svolgendo le difese (la parte è stata "udita", così il verbale d'udienza) senza eccipire il rispetto dei suddetti termini.

La scelta delle modalità con le quali difendere la parte rientrano infatti nelle prerogative del procuratore, che se ne assume la responsabilità.

Una volta compiuta la scelta, lo stesso non può ribaltare sulle altre parti le conseguenze della stessa, pretendendo di allungare le tempistiche processuali (attraverso un rinvio al primo giudice) per rimediare a un supposto errore.

Né può essere imputato ad un asserito errore del Giudice di primo grado una scelta della parte.

9. Con il secondo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar, non considerando che l'istanza di accesso del cui diniego si controverte riguarda gli atti della procedura di aggiudicazione, rispetto alla quale l'istante non sarebbe portatore di alcun interesse attuale, concreto e diretto.

9.1. Il motivo è fondato.

9.2. Si riassumono, per sommi capi, i fatti rilevanti della controversia:

- in data 26 aprile 2022 Roma Capitale ha pubblicato un *"avviso pubblico per la consultazione preliminare del mercato"* ex art. 66 del d. lgs. n. 50 del 2016 al fine di *"conoscere e valutare la disponibilità degli Operatori Economici e/o Imprese Specializzate, a progettare, implementare, installare, gestire e mantenere, a proprio investimento ed onere, un'infrastruttura di distribuzione radiomobile (indoor e outdoor) multi-operatore e multi-banda con tecnologia 5G al fine di estendere, potenziare e migliorare la copertura di telefonia cellulare e la connettività dati all'interno degli edifici istituzionali e nelle aree limitrofe del complesso capitolino del Campidoglio, nel rispetto dei principi di legalità, imparzialità, trasparenza, pubblicità, proporzionalità"*, attesa l'intenzione di Roma Capitale di avere *"un sistema multi-operatore e multi-banda in tecnologie 5G DAS*

(Distributed Antenna System) e DASaaS (DAS as a Service) atto a garantire la copertura indoor e outdoor del segnale e dei servizi offerti dai principali operatori di telefonia mobile”, nonché “un’infrastruttura che abbia la disponibilità funzionale ad ospitare apparati trasmissivi di terzi operatori di reti di radio e tele/video comunicazione mobile, con tecnologie di ultima generazione”;

- l’appello al mercato di Roma Capitale viene raccolto da un solo operatore, l’odierna appellante Boldyn, che ha sottoposto in data 18 novembre 2022 all’Amministrazione capitolina una proposta di *project financing* ex art. 183 comma 15 del d. lgs. n. 50 del 2016;

- con deliberazione n. 86 del 16 marzo 2023 Roma Capitale ha approvato la proposta di *project financing* presentata da Boldyn, riguardante la realizzazione, la gestione, la conduzione e la manutenzione di infrastrutture di connettività abilitanti il 5G e il Wi-Fi nel territorio comunale di Roma Capitale, attraverso una nuova architettura basata sull’installazione capillare di *Small cell* e di *hot spot* Wifi abilitate alla ricezione 5G;

- con determinazione dirigenziale 6 aprile 2023 n. 171 Roma Capitale ha disposto, ai sensi dell’art. 183 comma 15 del d. lgs. n. 50 del 2016, di porre a base di gara il progetto di fattibilità tecnico-economica presentato Boldyn;

- con determinazione dirigenziale 19 aprile 2023 n. 253 è stato deciso di indire la gara “*con procedura aperta, avente ad oggetto il Project financing ai sensi dell’art. 183, comma 15 del D. Lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii - Proposta di partenariato pubblico privato in finanza di progetto per la “Realizzazione, gestione, conduzione e manutenzione di infrastrutture di connettività abilitanti il 5G e il Wi-Fi nel territorio comunale di Roma Capitale. Progetto #Roma5G”. – CIG: 9761463618 – CUP: J87G23000040003, da svolgere mediante la piattaforma telematica*”;

- con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 8 giugno 2023 è stato approvato, quale intervento “*essenziale*” (artt. 1 e 2) connesso alle celebrazioni

del Giubileo della Chiesa cattolica per il 2025 di cui all'art. 1 comma 422 della legge n. 234 del 2021, il progetto per *“la realizzazione di un'infrastruttura abilitante il 5G basata sull'architettura Small Cell, il cui scopo è il superamento dei limiti infrastrutturali imposti dai sistemi di radiocomunicazione presenti sul territorio di Roma per lo sviluppo di soluzioni smart city”*, da *“da realizzarsi nella forma del Partenariato Pubblico Privato”*, che comprende, in particolare, la copertura di tutte le linee della metro per i servizi *legacy* 4C e 5C, lo sviluppo dell'infrastruttura per la copertura in tecnologia 5G della città, basata su *small cells*, e lo sviluppo della rete di *Free WiFi*, nei termini ivi indicati;

- in data 12 maggio 2023 Vodafone ha presentato una prima istanza di accesso agli atti finalizzata a prendere visione di tutta la documentazione richiamata nella deliberazione n. 86 del 2023, chiedendo l'ostensione di tutti i documenti afferenti al procedimento che è sfociato nella suddetta delibera;

- l'Amministrazione capitolina ha rigettato la *prima* istanza di accesso documentale;

- nelle more del giudizio, stante l'avvio e la successiva conclusione della procedura di gara per l'affidamento del servizio descritto nella proposta di *project financing* inizialmente approvata (procedura alla quale ha partecipato il solo RTI proponente), Roma Capitale ha disposto l'aggiudicazione della concessione con determinazione dirigenziale rep. n. GU/360/2023 e prot. n. GU/10062/2023 del primo agosto 2023 a favore del raggruppamento avente come mandataria Boldyn;

- Vodafone ha impugnato la deliberazione n. 86 del 2023 e il diniego di accesso *ex art. 116 comma 2 c.p.a.* con ricorso introduttivo e la delibera di aggiudicazione del primo agosto 2023 con motivi aggiunti, chiedendo *“la declaratoria ai sensi e per gli effetti degli articoli 121 e 122 c.p.a., dell'inefficacia della Convenzione ove medio tempore stipulata”* (mentre non risulta presentata domanda

risarcitoria);

- il Tar Lazio – Roma ha respinto il ricorso e i motivi aggiunti, così non scrutinando le eccezioni di rito, con sentenza n. 17960 del 29 novembre 2023 (è attualmente pendente il giudizio d'appello);

- Vodafone ha presentato una seconda istanza di accesso agli atti ai sensi degli artt. 22 e ss. della legge n. 241 del 1990, nonché ai sensi dell'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016 (datata 4 agosto 2023 e avente protocollo di ingresso n. GU/2023/10343 del 7 agosto 2023, così come risulta dal gravato diniego);

- con la qui impugnata nota prot. n. GU/2023/0011344 del 7 settembre 2023, l'Amministrazione capitolina ha respinto la seconda istanza di accesso di Vodafone, dopo la formazione del silenzio-diniego sull'istanza di accesso 7 agosto 2023;

- il Tar, con la sentenza qui gravata, ha accolto il ricorso *ex art. 116 c.p.a.* e ordinato l'ostensione della documentazione richiesta, a eccezione degli *“atti e i verbali relativi all'esame della documentazione amministrativa presentata dal RTI Aggindicatario e alla verifica del possesso dei requisiti di gara da parte di quest'ultimo”*, in quanto *“non risulta che la stazione appaltante abbia completato i controlli effettuati sulle autodichiarazioni ai sensi dell'art. 183, co.8 e 15 e dell'art.80 D.Lgs.n.50/2016”*;

- l'appellante Boldyn ha impugnato la pronuncia nella parte in cui è stato accolto il ricorso per l'accesso documentale.

Pertanto, mentre la prima istanza di accesso è funzionale all'accesso alla documentazione riguardante la fase procedimentale prodromica all'approvazione della proposta di *project financing*, la seconda istanza di accesso (oggetto del presente giudizio) è finalizzata all'ostensione della documentazione afferente la fase successiva.

Nella procedura di *project financing* disciplinata dall'art. 183 comma 15 del d. lgs. n. 50 del 2016 occorre infatti distinguere tre fasi:

- la prima fase è quella dell'iniziativa, funzionale non già alla scelta della migliore fra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici predeterminati, ma all'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore inerente alla presentazione della proposta di finanza di progetto, in cui si esprime la valutazione dell'interesse pubblico, di competenza dell'organo di governo: nel caso di specie detta fase è stata procedimentalizzata al fine di assicurare trasparenza, pubblicando un avviso e consentendo agli interessati di presentare una proposta (come illustrato sopra); - la seconda fase è appannaggio della sola Amministrazione ed è volta ad assicurare le prerogative pubblicistiche della stessa: è valutata la fattibilità della proposta e, qualora non sia già presente negli strumenti di programmazione, è inserita in tali strumenti di programmazione ed è posta in *“approvazione con le modalità previste per l'approvazione di progetti”*;

- la terza fase prevede l'indizione di una gara sul progetto approvato, soggetta, come tale, ai principi comunitari e nazionali in materia di evidenza pubblica.

Con la (seconda) istanza di accesso, presentata il 7 agosto 2023, Vodafone ha quindi chiesto gli atti afferenti alla terza fase, quelli relativi alla gara di cui alla terza fase.

In particolare, Vodafone ha chiesto, ai sensi dell'art. 53 del d. lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 22 e ss. della legge n. 241 del 1990, l'ostensione degli atti di gara, fino all'aggiudicazione (*“- la documentazione amministrativa, la documentazione tecnica e la documentazione economica presentata in gara dal RTI Aggiudicatario; - gli atti e i verbali relativi all'esame della documentazione amministrativa presentata dal RTI Aggiudicatario e alla verifica del possesso dei requisiti di gara da parte di quest'ultimo, ivi incluso il verbale prot. n. SU/2023/10653 relativo alle sedute svoltesi in data 13 e 28 giugno 2023; - la determinazione dirigenziale rep n. GU/317/2023 e prot. n. GU/203/8942 con cui è stata disposta l'ammissione del RTI alla procedura di gara; - i verbali*

delle sedute pubbliche e riservate in cui la Commissione giudicatrice ha proceduto alla valutazione dell'offerta tecnica e dell'offerta economica del RTI risultato aggiudicatario, ivi inclusa la nota prot. n. QC/2023/76870 acquisita con prot. n. GU/2023/9854 con cui il Presidente della Commissione ha trasmesso i verbali delle sedute tenutesi in data 25 e 26 luglio 2023; - l'eventuale corrispondenza intercorsa tra il RTI risultato aggiudicatario e Roma Capitale; - tutti gli atti, i verbali e la documentazione prodotta dal RTI Aggiudicatario inerente al procedimento di soccorso istruttorio attivato nei confronti del RTI Aggiudicatario ai sensi dell'art. 83, co. 9 del d.lgs. n. 50 del 2016; - nonché di tutta la documentazione comunque collegata connessa a quanto riportato ai precedenti punti, utile dell'esercizio di prerogative difensive”).

L'istanza è motivata in ragione delle seguenti considerazioni:

- *la realizzazione del progetto posto a base di gara “inciderà in maniera rilevante sul modello di business che la Scrivente Società ha implementato per garantire l'offerta dei propri servizi di connettività nel territorio di Roma Capitale, dal momento che quest'ultima non potrà procedere autonomamente all'installazione delle proprie antenne nelle reti metropolitane della Capitale”;*
- *“anche in considerazione del contenzioso pendente, la Scrivente Società vanta quell'interesse diretto, concreto e attuale alla conoscenza degli atti e i documenti di gara nonché dell'offerta presentata dal RTI risultato aggiudicatario”, avendo “interesse a difendersi rispetto alla realizzazione di un intervento di project financing gravemente lesivo dei propri diritti ed interessi, come pure emerge dalla segnalazione trasmessa dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in data 25 luglio 2023”;*
- *“l'accesso alla documentazione si rende in ogni caso necessario anche per consentire la difesa in giudizio dei diritti ed interessi della Società, anche in relazione al contenzioso pendente”.*

L'istanza di accesso (del cui diniego si controverte) è quindi stata presentata da Vodafone in ragione del fatto che la realizzazione del progetto posto a base di

gara “*inciderà in maniera rilevante sul modello di business che la Scrivente Società*”.

La finalità dell’istanza è quella di curare e difendere i propri interessi “*rispetto alla realizzazione di un intervento di project financing gravemente lesivo dei propri diritti ed interessi*”: si tratta quindi di un accesso difensivo avverso gli atti di gara, per ottenere un risultato che va oltre la gara (su cui *infra*).

Le esigenze di difesa sono riferite non solo al contenzioso in essere ma anche a eventuali iniziative future (nella sentenza impugnata si fa riferimento a “*nuovi motivi di censura, da far valere semmai con un nuovo ricorso o con motivi aggiunti in sede di appello*”).

L’istanza è stata espressamente presentata ai sensi dell’art. 53 del d. lgs. n. 50 del 2016 e dell’art. 22 e ss. della legge n. 241 del 1990: l’accesso *de quo* è pertanto un accesso documentale (e come tale sarà scrutinato), che si differenzia dall’accesso civico (Ad. plen. 2 aprile 2020 n. 10), considerato anche l’ambito oggettivo del diverso istituto dell’accesso civico e la portata escludente dell’art. 5 *bis* del d. lgs. n.33 del 2013.

Sull’istanza 7 agosto 2023 si è formato il silenzio-diniego in data 6 settembre 2023.

Roma Capitale ha poi adottato diniego motivato all’accesso con la qui impugnata nota 7 settembre 2023, recante:

- “*ai sensi dell’art. 22 della L. 241/90 e ss.mm.ii., ma codesta Società non vanta un interesse diretto, concreto e attuale non avendo presentato offerta nell’ambito della presente procedura (cfr. art. 53, comma 6 del D.lgs. 50/2016 vigente ratione temporis dove viene chiaramente esplicitata la condizione di “concorrente”)*”;
- “*implicitamente ai sensi dell’art. 24, comma 7 della L. 241/90 e ss.mm.ii. ma codesta Società non vanta un interesse qualificato ai fini della difesa in giudizio dal momento che il pendente ricorso RG 8015/2023 concerne l’annullamento della presente procedura, non la sua aggiudicazione*”;

- ai sensi dell'art. 53 del d. lgs. n. 50 del 2016 in quanto *“tale accesso trova dei limiti nel comma 5 e detti limiti (in particolare quelli di cui alla lettera a) si rinvencono nell'ambito della presente richiesta di accesso”* dal momento che il raggruppamento aggiudicatario *“ha opposto diniego di accesso agli atti di gara”*.

9.3. L'art. 53 del d. lgs. n. 50 del 2016 rinvia, in generale, alla disciplina della legge n. 241 del 1990, salvi gli specifici limiti all'accesso e alla divulgazione previsti dal comma 2 al comma 6 dello stesso art. 53 (su cui *infra*).

Rispetto all'istituto disciplinato dagli artt. 22 e ss. della legge n. 241 del 1990 l'Adunanza plenaria ha riconosciuto sin dal 2006 il carattere strumentale dell'accesso: l'accesso dà luogo a *“situazioni soggettive che, più che fornire utilità finali (caratteristica da riconoscere, oramai, non solo ai diritti soggettivi ma anche agli interessi legittimi), risultano caratterizzate per il fatto di offrire al titolare dell'interesse poteri di natura procedimentale volti in senso strumentale alla tutela di un interesse giuridicamente rilevante (diritti o interessi)”* (Ad. plen. 18 aprile 2006 n. 6).

L'accesso difensivo è costruito come una fattispecie ostensiva caratterizzata (dal lato attivo) da una *vis* espansiva capace di superare le ordinarie preclusioni che si frappongono alla conoscenza degli atti amministrativi e connotata (sul piano degli oneri) da una stringente limitazione, ossia quella di dovere dimostrare la necessità della conoscenza dell'atto o la sua stretta indispensabilità nei casi in cui l'accesso riguarda dati sensibili o giudiziari (Ad. plen. 25 settembre 2020 n. 20).

Il nesso di strumentalità costituisce, in particolare, la base fondante dell'accesso difensivo.

La valutazione di strumentalità è regolata dalla legge (e dal rispettivo regolamento di attuazione), laddove afferma che l'interesse all'accesso deve corrispondere *“ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso”* (art. 22 comma 1 lettera b) della l. n. 241 del 1990).

La valutazione del nesso di strumentalità è ancorata quindi allo scrutinio di:

- corrispondenza fra situazione legittimante l'accesso (la ragione di tutela evidenziata nell'istanza) e l'astratto paradigma legale cui è rivolta l'esigenza difensiva: l'interprete deve confrontare, in termini di sussunzione, *“il fatto concreto di cui la parte domanda la tutela in giudizio e l'astratto paradigma legale che ne costituisce la base legale”* (Ad. plen. 18 marzo 2021 n. 4);
- collegamento del documento amministrativo di cui è chiesta l'ostensione con la situazione giuridica controversa, nel senso che l'accesso deve essere il tramite, da valutare sulla base di un giudizio prognostico *ex ante*, per acquisire gli elementi di prova in ordine ai fatti integranti la fattispecie costitutiva della situazione giuridica finale controversa e delle correlative pretese astrattamente azionabili in giudizio (Ad. plen. 25 settembre 2020 n. 20).

Non assume invece una particolare rilevanza nella presente controversia, benché richiamata da parte appellata, la definizione di *“strumentalità in senso ampio”*, contenuta nella sentenza 24 gennaio 2023 n. 4 dell'Adunanza plenaria. Essa infatti si riferisce al caso, che non ricorre nella presente controversia, di istanza di accesso proposta nel corso di giudizio ai sensi del comma 2 dell'art. 116 c.p.a. e richiede che il giudice scrutini la connessione dell'istanza al (restante) giudizio.

Accertato il nesso di strumentalità, l'interesse all'accesso deve emergere come *“diretto, concreto e attuale”* (art. 22 comma 1 lettera b) della l. n. 241 del 1990).

Occorre altresì che esso *“preesista all'istanza di accesso e non ne sia, invece, conseguenza”*. L'esistenza di detto interesse deve infatti essere *“anteriore all'istanza di accesso documentale che, quindi, non deve essere impiegata e piegata a “costruire” ad hoc, con una finalità esplorativa, le premesse affinché sorga ex post”* e ciò in quanto, altrimenti, *“l'accesso documentale assolverebbe ad una finalità, espressamente vietata dalla legge, perché preordinata ad un non consentito controllo generalizzato sull'attività,*

pubblicistica o privatistica, delle pubbliche amministrazioni (art. 24, comma 4, della l. n. 241 del 1990)” (Ad. plen. 2 aprile 2020 n. 10).

9.4. Riassunti i fati di controversia, si tratta di verificare la sussistenza, nel caso di specie, dei presupposti per l’accesso (già illustrati sopra), e così scrutinare il diniego, motivato in ragione della mancanza di interesse diretto, concreto e attuale all’accesso per omessa presentazione dell’offerta, mancanza di interesse alla difesa in giudizio dal momento che il contenzioso è funzionale all’annullamento della gara e non all’aggiudicazione e sull’opposizione del controinteressato.

9.5. Di detti presupposti manca non solo il nesso di strumentalità ma più in generale difettano i requisiti della fattispecie delineata dall’art. 22 della legge n. 241 del 1990, in base alla quale l’interesse all’accesso deve essere “*diretto, concreto e attuale*” (art. 22 comma 1 lettera b) della l. n. 241 del 1990) e la situazione difensiva deve preesistere rispetto all’accesso (Ad. plen. 2 aprile 2020 n. 10).

E ciò sulla base dell’istanza di accesso in esame (atteso che l’istante ha l’onere di motivare in ordine alla sussistenza del proprio interesse all’accesso), che evidenzia l’interesse difensivo facendo riferimento all’interesse a opporsi alla “*realizzazione del progetto posto a base di gara*” (in quanto “*inciderà in maniera rilevante sul modello di business che la Scrivente Società ha implementato per garantire l’offerta dei propri servizi di connettività nel territorio di Roma Capitale*”) e a difendersi avverso “*gli atti e i documenti di gara nonché dell’offerta presentata dal RTI risultato aggiudicatario*”, “*anche in relazione al contenzioso pendente*” (e quindi non solo).

9.6. L’istanza *de quo* mira all’ostensione della documentazione afferente alla terza fase della procedura di *project financing*, appunto quella della gara, e la situazione legittimante è quindi ancorata allo svolgimento della stessa: l’esigenza difensiva alla base della stessa non può che essere la tutela avverso

l'aggiudicazione (e gli atti prodromici).

La società ha (già, come sopra illustrato) impugnato gli atti della procedura di *project financing* che precedono quelli oggetto dell'istanza di accesso qui in esame, compreso il bando di gara.

Si tratta quindi di valutare quale sia l'interesse difensivo della stessa a prendere visione degli atti di gara successivi alla *lex specialis*, al fine di rinvenire il nesso di strumentalità fra i (soli) atti di gara e le esigenze di tutela.

Dei due aspetti del nesso di strumentalità non si pone un problema di collegamento fra documenti di gara (di cui è chiesta l'ostensione) e gara, considerata l'intenzione di difendersi verso gli atti di quest'ultima, compresa l'offerta del raggruppamento aggiudicatario.

Deve quindi essere valutata la sussistenza di una corrispondenza fra esigenze difensive evidenziate e astratto paradigma legale, che passa quindi per la possibilità di Vodafone di impugnare gli atti della gara alla quale non ha partecipato, e richiede quindi di approfondire il tema della legittimazione a ricorrere dell'operatore economico non concorrente.

9.7. A Vodafone non può essere riconosciuta la legittimazione a impugnare gli atti di gara successivi al bando (e quindi un interesse immediato, diretto e concreto all'ostensione degli stessi).

Al riguardo la regola generale è quella per cui soltanto colui che ha partecipato alla gara è legittimato ad impugnare l'esito della medesima, in quanto soltanto a quest'ultimo è riconoscibile una posizione differenziata (Ad. plen. 26 aprile 2018 n. 4, 7 aprile 2011 n. 4 e 29 gennaio 2003 n. 1).

Anche secondo la Corte di giustizia deve essere assicurata l'ammissibilità del ricorso avverso gli atti di gara da parte di “*chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione*” ai sensi dell'art. 1 par. 3 della direttiva 89/665/CEE,

sempre che, per quanto di interesse in questa sede, non sia stato definitivamente escluso dalla gara (Cgue, sez. X, 9 febbraio 2023, C-53/22).

Tuttavia sono enucleabili “*alcune eccezioni a tale principio generale*” (Ad. plen. 26 aprile 2018 n. 4), in “*tre tassative ipotesi*”, fra le quali, per quanto di interesse in questa sede, quella nella quale “*si contesti in radice l’indizione della gara*” (Ad. plen. 25 febbraio 2014 n. 9).

Secondo la Corte di giustizia il soggetto che non ha partecipato alla gara “*può difficilmente dimostrare di avere interesse a opporsi a detta decisione o di essere leso o rischiare di esserlo dall’aggiudicazione di cui trattasi*” (Cgue, sez. X, 9 febbraio 2023, C-53/22 e sez. VI, 12 febbraio 2004, C230/02).

La Corte di giustizia ha individuato un caso di ammissibilità del ricorso presentato dal non concorrente, sostanzialmente equivalente alla presenza di clausole escludenti (Cgue, sez. III, 28 novembre 2018, C328/17).

Atteso l’orientamento della Corte di giustizia, non può dirsi smentita l’impostazione dell’Adunanza plenaria, che espande le possibilità di ricorso da parte del non concorrente in una direzione che non può ritenersi necessitata in forza del diritto Ue ma deriva da una scelta nazionale (dal diritto Ue non impedita in quanto ampliativa delle esigenze difensive).

Può quindi confermarsi che la legittimazione dell’operatore che non ha partecipato alla gara è limitata al ricorrere delle tre situazioni individuate dall’Adunanza plenaria, fra le quali risulta rilevante nella presente controversia la prima, quella relativa alla contestazione dell’indizione della gara da parte dell’operatore economico che non vi ha partecipato.

Alcuni aspetti del caso *de quo* ostano tuttavia a ritenere che Vodafone si trovi in un caso siffatto di legittimazione a impugnare gli atti della gara alla quale non ha partecipato (che potrebbe assicurare la strumentalità del relativo accesso, ritenendo fondata la giustificazione difensiva addotta da Vodafone

nell'istanza di accesso).

9.8. Innanzitutto la legittimazione riconosciuta dall'Adunanza plenaria all'operatore che non ha partecipato alla gara riguarda la sola impugnazione del bando, non anche gli atti successivi mentre oggetto dell'istanza di accesso *de quo* sono gli atti successivi (Vodafone ha già impugnato il bando, che è pubblico) e non comprende questi ultimi, oggetto dell'istanza di accesso controversa (e rispetto ai quali deve quindi essere indagato il nesso di strumentalità e quindi la legittimazione ad agire).

L'Adunanza plenaria e la giurisprudenza amministrativa non riconoscono infatti all'operatore che non ha partecipato alla gara la legittimazione ad impugnare altri atti che non siano la *lex specialis*. Ciò in quanto l'ammissibilità del ricorso è condizionata dal fatto che la situazione giuridica sostanziale di cui il ricorrente è titolare deve essere direttamente incisa dal provvedimento che si intende gravare, sicché chi non ha partecipato alla gara può (solo) dolersi che essa sia stata indetta (oppure che non sia stata indetta o che il bando contenga clausole escludenti, profili che non riguardano la presente controversia e che comunque determinano l'impugnabilità del bando, non dei successivi atti di gara).

Pertanto, se lo scopo di Vodafone è quello di impedire la gara il provvedimento che incide direttamente sulla situazione giuridica sostanziale della stessa è il solo bando.

Né si giunge a una diversa conclusione facendo leva sulla giurisprudenza della Corte di giustizia.

La stessa Corte di giustizia ha infatti ritenuto sussistente l'interesse dell'operatore economico che non ha presentato l'offerta a impugnare gli atti di gara “*a causa della presenza, nei documenti relativi alla gara d'appalto o nel capitolato d'onori, di talune specifiche che non poteva rispettare*” (Cgue, sez. X, 9 febbraio 2023,

C-53/22), così facendo riferimento necessariamente alla *lex specialis*, cioè a quel provvedimento che stabilisce i requisiti di partecipazione alla gara e di presentazione dell'offerta.

E' infatti con l'impugnazione del bando che l'operatore economico fa valere l'utilità derivante dall'annullamento dello stesso a presidio dell'interesse sostanziale a che la procedura non si svolga (peraltro in ipotesi specificamente enucleate, di cui non ricorrono tutti i presupposti, come di seguito evidenziato), aspirando alla tutela della situazione giuridica sottesa, quale, ad esempio, l'interesse a continuare a gestire il servizio in forza di altro titolo.

Per tale motivo manca il nesso di strumentalità fra le esigenze di tutela avverso gli atti di gara e la fattispecie astratta che ne consente l'impugnazione da parte del non partecipante alla stessa, sicché non può ritenersi che sussista la ragione difensiva addotta da Vodafone a giustificazione della richiesta di ostensione degli atti, rispetto ai quali non si evidenzia pertanto un interesse concreto, attuale e immediato.

In tal senso non è censurabile il diniego di accesso laddove rappresenta come manchi un interesse diretto, concreto e attuale all'accesso per omessa presentazione dell'offerta da parte di Vodafone.

9.9. Né può ritenersi che lo scopo evidenziato nell'istanza di accesso da parte di Vodafone renda ammissibile l'impugnazione degli atti di cui la stessa ha chiesto l'ostensione, così integrando i requisiti per l'ammissibilità del gravame da parte del non partecipante alla gara (e integrando per questa via il presupposto per l'ostensione degli atti).

Nell'istanza si legge infatti che la finalità è quella di difendersi “*rispetto alla realizzazione di un intervento di project financing gravemente lesivo dei propri diritti ed interessi*”, atteso che la realizzazione del progetto posto a base di gara “*inciderà in maniera rilevante sul modello di business*”.

L'utilità finale alla quale aspira Vodafone consiste quindi nell'impedire la realizzazione dell'intervento pubblico oggetto della delibera n. 86 del 2023, contestando a monte la decisione di approvare la proposta di Boldyn e, a valle, chiedendo l'annullamento dell'aggiudicazione, così confidando nella non attuazione del programma pubblico deciso dall'Amministrazione capitolina e dalla Presidenza del consiglio.

Tale finalità può essere perseguita (in tesi) anche impugnando gli atti di una gara alla quale ha partecipato un unico concorrente, Boldyn nel caso di specie, dal momento che *“l'eventuale annullamento del provvedimento di aggiudicazione (per vizi ipoteticamente ricavabili dall'esame della documentazione oggetto di ostensione) ben potrebbe spingere l'amministrazione ad un annullamento in autotutela dell'intera procedura competitiva e alla riedizione della stessa con modalità diverse”* (così la sentenza impugnata).

L'interesse di Vodafone non si appunta quindi sulla gara in sé considerata ma sulla decisione a monte di effettuare l'intervento pubblico oggetto del *project financing* e non si configura quindi in termini di interesse pretensivo all'aggiudicazione e all'esecuzione dell'appalto ma come interesse oppositivo all'intervento pubblico programmato.

Detta finalità è perseguita attraverso l'impugnazione degli atti di gara, al fine di pervenire, solo in via indiretta e congiuntamente con il verificarsi di altre condizioni, alla soddisfazione della pretesa sostanziale della società, cioè la non realizzazione dell'intervento pubblico (al quale la gara è preordinata).

Dal momento che l'interesse manifestato da Vodafone a giustificazione dell'accesso non ha ad oggetto direttamente la gara e il risultato della stessa, risulta sin da subito evidente come l'interesse manifestato in detta istanza non presenta i requisiti di immediatezza, concretezza e attualità in relazione agli atti di cui è stata chiesta l'ostensione.

Del resto la stessa Adunanza plenaria non ha compreso detto caso nella già richiamata ipotesi di legittimazione del non concorrente alla contestazione dell'indizione della gara, definita "tassativa" (26 aprile 2018 n. 4), dovendo quindi in tal senso essere interpretata.

Oggetto della legittimazione del non partecipante alla gara è infatti l' "*indizione della gara*" (così l'Adunanza plenaria), laddove non è rilevante solo il termine indizione (sul quale si è argomentato sopra) ma anche il termine gara.

Il soggetto così legittimato agita un interesse oppositivo rispetto all'avvio della procedura competitiva e al nuovo affidamento in esito alla stessa, in quanto titolare dell'interesse pretensivo a svolgere il rapporto incompatibile con il nuovo affidamento: in tal senso quindi l'interesse del non partecipante non è quello di evitare la realizzazione della commessa pubblica ma di continuare a eseguirla. L'opposizione, che rende differenziata la posizione e giustifica la legittimazione ad agire, riguarda la gara (così l'ipotesi tassativa individuata dall'Adunanza plenaria), non la commessa in sé considerata.

Nel caso di specie invece l'istanza di accesso presentata da Vodafone evidenzia non già l'opposizione alla gara per ottenerne l'aggiudicazione ma l'opposizione alla gara per impedire la realizzazione dell'intervento pubblico programmato e quindi non rientra nell'ipotesi (tassativa) legittimante individuata dall'Adunanza plenaria (8 peraltro riferita al solo bando).

Del resto l'intenzione di incidere sul contenuto dell'intervento pubblico programmato è da indirizzare alla prima fase della procedura, i cui atti non sono interessati dall'istanza di accesso in esame.

Allo stesso modo la segnalazione dell'Agcm, richiamata nell'istanza di accesso qui in esame a supporto della propria posizione, riguarda, secondo quanto illustrato da Vodafone, "*alcune criticità concorrenziali rispetto alla deliberazione n. 86 del 2023*", avendo invitato l'Ente "*a porre in essere le misure correttive necessarie a*

ripristinare le corrette dinamiche concorrenziali rispetto alla realizzazione del Progetto 5G nel territorio di Roma Capitale”: sicché attiene alla perimetrazione e al contenuto dell'intervento pubblico approvato a seguito della proposta presentata da Boldyn, cioè a una fase antecedente a quella della gara, i cui atti sono oggetto dell'accesso qui controverso.

Manca quindi la legittimazione di Vodafone a impugnare gli atti di gara successivi al bando e, di conseguenza, il nesso di strumentalità e la sussistenza di un interesse immediato, concreto e attuale all'ostensione degli atti di gara. E ciò anche considerando la nozione ampia di condizioni per ricorrere avverso gli atti di gara delineata dalla Corte di giustizia (e prescindendo dalla differenziazione fra legittimazione ad agire e interesse ad agire e facendo essenzialmente riferimento alla nozione di interesse a ricorrere, che sarà quindi utilizzata nel richiamare le pronunce della Corte di giustizia).

9.10. La Corte di giustizia ha ritenuto sussistente l'interesse a ricorrere anche nel caso in cui non vi sia una ragionevole certezza del rinnovo della gara in quanto sono stati presentati ricorsi reciprocamente escludenti (Cgue, sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12, e Grande Camera, 5 aprile 2016, C-689/13), o comunque non tutti i partecipanti alla gara hanno presentato ricorso (Cgue, Grande Camera, 5 aprile 2016, C-689/13 e sez. X, 5 settembre 2019, C-333/18), e pertanto la rinnovazione è affidata alla volontà della stazione appaltante, che essa, venuti meno i primi classificati ad opera del giudice amministrativo, possa decidere di non utilizzare quelli successivi

Questa ampia nozione eurounitaria dell'interesse (che supera la nozione di interesse immediato, concreto e attuale di cui al sistema processuale italiano) non può essere utilizzata nel caso qui controverso, per giustificare il collegamento fra gli atti di gara di cui Vodafone ha chiesto l'ostensione e l'utilità perseguita dalla stessa società.

La nozione eurounitaria di interesse a ricorrere è infatti funzionale ad assicurare un ricorso efficace ai concorrenti, al fine di favorire la tutela di chi aspira all'aggiudicazione della medesima ed è quindi delineata per garantire l'effetto utile della direttiva 89/655/CEE, che intende favorire *“l'applicazione effettiva delle norme dell'Unione in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici”*, e costituisce quindi strumento di apertura alla concorrenza del mercato (Cgue, Grande Sezione, 7 settembre 2021, C927/19).

La direttiva 89/665/CE si rivolge espressamente a *“chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione”* (art. 1), sempre che non sia stato definitivamente escluso (art. 2, come interpretato da Cgue, sez. X, 24 marzo 2021, C-771/19 e 21 dicembre 2016 nella causa C-55/15).

Da un lato, quindi, l'ambito di applicazione soggettivo di tale nozione di interesse è quello dei concorrenti alla gara, come evidenziato dalla direttiva 89/655/CEE, e la situazione di Vodafone, in quanto non concorrente, non giustifica quindi l'ampliamento allo stesso delle tutele (di accesso e giurisdizionali) riservate ai partecipanti alla gara, in particolare rispetto al provvedimento di aggiudicazione.

Dall'altro lato, quella stessa nozione (ampia) di interesse a ricorrere non può essere utilizzata quale strumento per elidere la finalità della disciplina Ue e della Corte di giustizia, cioè al fine di perseguire l'(opposto) fine di impedire l'aggiudicazione e far fallire la gara, così potendo in modo indiretto aspirare a porre nel nulla la politica pubblica alla quale quest'ultima è preordinata.

La similitudine fra la situazione che la Corte di giustizia ha inteso tutelare con la nozione (ampia) di interesse a ricorrere che la stessa ha delineato e la situazione sottesa alla presente controversia consiste nel fatto che entrambe comportano un'utilità indiretta per il ricorrente, cioè che presuppone scelte

amministrative non coercibili e non predeterminabili (nel primo caso l'esecuzione della commessa, nel secondo caso la non attuazione della stessa).

Nel caso di specie la soddisfazione dell'interesse sostanziale sotteso all'accesso non è infatti conseguenza (soltanto) dell'impugnazione degli atti di gara e del conseguente (atteso) annullamento degli stessi ma richiede il verificarsi di variabili esterne, quali la decisione dell'Amministrazione di non realizzare più l'intervento pubblico programmato, decisione tanto più probabile quanto più si avvicina l'evento al quale l'intervento è preordinato.

In altre parole la soddisfazione dell'interesse sostanziale alla base delle esigenze difensive evidenziate con l'istanza di accesso il cui diniego è qui impugnato è condizionato (anche) dal fallimento della procedura svolta per finalità pubblicistiche, facendo leva su un agire pubblico che non raggiunga l'obiettivo perseguito nelle tempistiche preventivate (così come evidenziate anche dal d.p.c.m. 8 giugno 2023), sì da indurre l'Amministrazione a rinunciarvi.

Ma la posizione del privato rispetto al potere pubblico, nei termini che l'ordinamento italiano qualifica come interesse legittimo, è volta a sollecitare e assicurare che l'esercizio del primo avvenga nella considerazione della posizione del secondo, sì da consentire a quest'ultimo di utilizzare la legittimità dell'atto amministrativo quale parametro di riferimento delle proprie (legittime) aspirazioni, nel rispetto dell'esercizio del potere pubblico. Giammai l'ordinamento può consentire invece che le prerogative che il privato avanza rispetto all'Amministrazione si fondino sul cattivo esercizio del potere, sicché non è tutelabile la posizione del privato che fa leva sull'inefficienza pubblica per ottenere soddisfazione a una propria pretesa (che risulta quindi un'aspettativa di mero fatto, atteso che il diritto non può essere a ciò funzionalizzato).

Le stesse regole sugli appalti pubblici (direttiva 2014/24/UE), e quindi le regole della direttiva 89/665/CE, presuppongono le scelte pubbliche sugli ambiti di intervento dell'Amministrazione, che sono riservate agli Stati membri, costituendo piuttosto strumenti per la “messa a terra” delle stesse (non per contrastarle).

Ne deriva quindi che la nozione (ampia) di interesse a ricorrere delineata dalla Corte di giustizia non può venire in soccorso di Vodafone nel caso di specie, al fine di ritenere ammissibile un eventuale ricorso della stessa avverso gli atti di gara di cui ha chiesto l'ostensione.

9.11. Peraltro, sempre in punto di valutazione dell'interesse a ricorrere di Vodafone al fine di evitare la realizzazione dell'intervento pubblico oggetto della gara controversa, non risulta che sia stato impugnato il d.p.c.m. 8 giugno 2023, con il quale il Presidente del Consiglio dei ministri ha approvato, quale intervento “*essenziale*” (artt. 1 e 2) connesso alle celebrazioni del Giubileo della Chiesa cattolica per il 2025 di cui all'art. 1 comma 422 della legge n. 234 del 2021, il progetto per “*la realizzazione di un'infrastruttura abilitante il 5G basata sull'architettura Small Cell, il cui scopo è il superamento dei limiti infrastrutturali imposti dai sistemi di radiocomunicazione presenti sul territorio di Roma per lo sviluppo di soluzioni smart city*”, da “*da realizzarsi nella forma del Partenariato Pubblico Privato*”, che comprende, in particolare, la copertura di tutte le linee della metro per i servizi *legacy* 4G e 5G, lo sviluppo dell'infrastruttura per la copertura in tecnologia 5G della città, basata su *small cells*, e lo sviluppo della rete di *Free WiFi*, nei termini ivi indicati.

9.12. (Anche) per i suddetti motivi manca il nesso di strumentalità fra le esigenze di tutela avverso gli atti di gara e la fattispecie astratta che ne consente l'impugnazione da parte del non partecipante alla stessa. Sicché non può ritenersi che sussista la ragione difensiva addotta da Vodafone a

giustificazione della richiesta di ostensione degli atti e che sia sul punto censurabile il diniego opposto dall'Amministrazione in ragione del fatto che le esigenze difensive sono funzionali all'annullamento della gara e non all'aggiudicazione.

9.13. Né può ritenersi, in uno con parte appellata, che *“chi ha esperito un'azione di annullamento avverso gli atti che hanno dato avvio a un intervento di project financing ha, altresì, interesse a prender conoscenza degli atti della procedura di gara”*.

Le due richiamate fasi della procedura di *project financing* regolamentano diverse tipologie di interesse e sono informate a criteri diversi.

L'(ultima) fase della gara è volta a regolare la competizione fra i pretendenti in vista dell'aggiudicazione e dell'esecuzione della commessa. L'ammissibilità di un ricorso avverso detti atti passa quindi per la titolarità di un interesse a ricevere l'utilità che deriva dall'annullamento dell'esito della gara, e quindi l'aggiudicazione o il risarcimento del danno (da mancata aggiudicazione o da perdita di *chances*) nel caso in cui non sia più possibile.

La fase di approvazione della proposta serve invece a delineare il contenuto dell'intervento pubblico ed è impugnabile da coloro che possono ricevere un'utilità dall'annullamento dell'intervento approvato. Se l'aspirazione di Vodafone è di impedire la realizzazione dell'intervento pubblico non può che rivolgere le proprie istanze difensive all'atto che approva detto intervento (impregiudicata ogni valutazione della ricorrenza di ulteriori presupposti e della fondatezza della domanda)

Non può quindi ritenersi che *“la pendenza del predetto giudizio avverso l'intervento di project financing è circostanza di per sé idonea a radicare un interesse diretto, concreto e attuale a prender visione della documentazione afferente la procedura di gara per la realizzazione del Progetto Roma5G”*.

Difetta pertanto (anche) l'esigenza difensiva (*“in relazione al contenzioso*

pendente”) addotta da Vodafone a giustificazione della richiesta di ostensione degli atti.

9.14. Quanto sopra non consente di affermare che sussista la (necessaria) corrispondenza fra esigenza difensiva manifestata nell’istanza di accesso e astratta fattispecie legale in quanto Vodafone non è titolata a proporre detta azione.

Vodafone non ha quindi un interesse diretto, attuale e concreto all’ostensione degli atti di gara rispetto alla pretesa di evitare la realizzazione dell’intervento pubblico oggetto di gara, così come rappresentata nell’istanza di accesso sopra illustrata.

9.15. Per le considerazioni già illustrate neppure sussiste il presupposto della preesistenza della situazione difensiva alla base dell’accesso rispetto a quest’ultimo (Ad. plen. 2 aprile 2020 n. 10), in quanto la prima si deve configurare come la causa e il presupposto dell’accesso documentale e non come la conseguenza dello stesso (che altrimenti si legittimerebbe un accesso in funzione di controllo generalizzato).

Nel caso di specie invece, atteso l’interesse sostanziale sotteso all’istanza di Vodafone, cioè la non realizzazione dell’intervento pubblico programmato, l’aspettativa di soddisfazione di detto interesse non è preesistente all’istanza.

Anche a ritenere infatti che, nel momento in cui ha presentato l’istanza, Vodafone potesse legittimamente aspirare all’annullamento dell’aggiudicazione il successivo realizzarsi della pretesa sostanziale anelata riposa su circostanze esogene, non solo non controllabile da Vodafone (circostanza che ricorre anche nell’impostazione della Corte di giustizia) ma anche prive di meritevolezza di tutela da parte dell’ordinamento giuridico.

Non può infatti (come già illustrato) essere meritevole di tutela l’interesse al fallimento di una politica pubblica non in quanto illegittima (circostanza che

consegue all'impugnazione della decisione di realizzarla) ma solo in quanto non più possibile, per circostanze concrete che determinano un allungamento di tempi e risorse non più gestibile.

Detta aspettativa può quindi eventualmente venire soddisfatta solo a posteriori, sulla base di circostanze casuali, che l'ordinamento non ha alcun interesse a veicolare e che determinano la presenza di un interesse di mero fatto alla base dell'istanza di accesso, che può venire soddisfatta solo a posteriori (in seguito in ragione non solo all'esito favorevole del ricorso avverso gli atti di gara ma anche al verificarsi di una serie di circostanze che rendano non più possibile realizzare il progetto), senza che sia preventivabile, neppure in termini astratti, *ex ante*, essendo appunto fondata su un interesse di mero fatto.

In tal senso l'interesse a un accesso siffatto si differenzia dall'interesse del concorrente ad accedere ai dati di un altro concorrente pur in presenza di ulteriori offerte e posizioni, estranee al contenzioso: in detta ultima evenienza è pur vero che la situazione legittimante si basa, secondo la concezione della Corte di giustizia, su un interesse avente connotati di astrattezza, ma afferisce comunque a una aspettativa di diritto, come tale enucleabile *ex ante*, fondata sulla partecipazione alla gara e sulla legittima aspirazione a divenirne aggiudicatario, enucleabile in un momento anteriore alla presentazione dell'istanza di accesso.

9.16. Sono quindi plurimi i profili che rendono non integrata la fattispecie legittimante l'accesso. E ciò senza che si ponga un tema di (indebita) *“valutazione sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato”*, non ammissibile secondo l'Adunanza plenaria (Ad. plen. 18 marzo 2021 n. 4). E' la stessa Adunanza plenaria infatti, oltre che la legge n. 241 del 1990 (nei termini sopra richiamati), a esigere il giudizio

di sussunzione fra esigenza di tutela e fattispecie astratta in ragione della natura strumentale dell'accesso difensivo (Ad. plen. 18 marzo 2021 n. 4). E ciò mediante un “*giudizio prognostico ex ante*” (Ad. plen. 2 aprile 2020 n. 20).

9.17. Quanto sopra basta per accogliere l'appello e riformare la sentenza respingendo il ricorso introduttivo.

9.18. Nondimeno ulteriori aspetti della disciplina sull'accesso depongono nel senso di ritenere non censurabile il diniego opposto dall'Amministrazione, in particolare fa riferimento all'opposizione del controinteressato.

Il gravato diniego si fonda infatti (anche) sull'opposizione del controinteressato, a tutela della riservatezza della propria attività (nella nota impugnata si dà conto che “*il R.T.I. aggiudicatario nella sua qualità di controinteressato ha opposto diniego di accesso agli atti di gara*”): all'interesse di Vodafone di ottenere gli atti di gara e specificamente gli atti presentati dall'aggiudicatario si contrappone l'interesse di Boldyn a mantenere la riservatezza su detti atti.

La necessità di tutelare il controinteressato, evidenziata nell'impugnato diniego, non risulta censurabile.

Nell'ambito del generale divieto, per l'Amministrazione, di rivelare informazioni comunicate dagli operatori economici e da essi considerate riservate, compresi anche, ma non esclusivamente, segreti tecnici o commerciali, nonché gli aspetti riservati delle offerte (art. 21 par. 1 della direttiva 24/2014/UE), è fatto salvo che non sia altrimenti previsto nella stessa direttiva o nella legislazione nazionale e sono fatti salvi gli obblighi in materia di pubblicità sugli appalti aggiudicati e gli obblighi di informazione dei candidati e degli offerenti, previsti agli articoli 50 e 55 di tale direttiva.

Per quanto di interesse in questa sede l'art. 55 par. 2 lett. c) della direttiva 2014/24 consente espressamente (soltanto) “*a ogni offerente che abbia presentato*

un'offerta ammissibile” di chiedere all'Amministrazione di comunicargli quanto prima, e in ogni caso entro quindici giorni dalla ricezione di una richiesta scritta, le caratteristiche e i vantaggi relativi dell'offerta selezionata nonché il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato l'appalto.

Quanto alla legislazione nazionale, richiamata dall'art. 21 della direttiva 2014/24/UE, la normativa di cui all'art. 53 del d. lgs. n. 50 del 2016, che regola l'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, richiama la disciplina generale prevista dagli artt. 22 e segg. della legge n. 241 del 1990 aggiungendovi, però, speciali e specifiche disposizioni derogatorie in punto di differimento, di limitazione e di esclusione della pretesa ostensiva in considerazione delle peculiari esigenze di riservatezza che sono solite manifestarsi e assumere rilievo nel contesto delle procedure evidenziali.

In detto contesto il comma 6 dell'art. 53 consente comunque l'accesso al solo *“concorrente”* ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto (pur ricorrendo la fattispecie di esclusione dell'accesso di cui al precedente comma 5 lett. a, riguardante le *“informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali”*).

Pertanto se si considera la direttiva 2024/24/UE e l'art. 53 del d. lgs. n. 50 del 2016 l'accesso alle informazioni del controinteressato in sede di gara presuppone quanto meno (impregiudicata la valutazione degli ulteriori presupposti) l'aver presentato un'offerta, con conseguente rilievo ostativo (rispetto alla positiva delibazione dell'istanza di accesso) della mancata partecipazione di Vodafone alla gara.

I concorrenti alla gara sono infatti (fra loro) nella stessa posizione, cioè

ognuno di loro assume il rischio che comporta la comunicazione di informazioni riservate alla stazione appaltante, consapevoli che lo sono anche gli altri concorrenti, avendo un comune (seppur antagonista) obiettivo, l'aggiudicazione.

Ciascun partecipante alla gara quindi spende il proprio patrimonio informativo nella speranza di vedersi affidare la commessa e sapendo che gli altri concorrenti si muovono nella stessa prospettiva: gli oneri che ogni operatore affronta per partecipare alla gara in termini di impegno delle risorse necessarie contribuiscono, in uno che gli obblighi gravanti sulle Amministrazioni, a tutelare i partecipanti da iniziative emulative. In altre parole la spendita del proprio patrimonio informativo è, da un lato, giustificata dal risultato atteso e, dall'altro lato, garantita dalla parità di posizione (e di spendita di risorse) rispetto agli altri partecipanti alla gara e dai doveri imposti all'Amministrazione in punto di riservatezza.

La Corte di giustizia ha definito il rapporto che si instaura tra gli operatori economici e le Amministrazioni come “*rapporto di fiducia*”, tale per cui “*questi ultimi devono poter comunicare a tali amministrazioni aggiudicatrici qualsiasi informazione utile nell'ambito della procedura di aggiudicazione, senza temere che esse rivelino a terzi elementi di informazione la cui divulgazione potrebbe recare pregiudizio a tali operatori*” (Cgue, sez. III, 14 febbraio 2008, C450/06 e Grande Sezione, 15 luglio 2021, C584/20 P e C621/20 P, oltre che Grande Sezione, 7 settembre 2021, C927/19).

Nel caso in cui, come in quello in esame, un soggetto che non è concorrente chieda di visionare gli atti di gara, non può ritenersi che la diversità di posizione non incida sulla composizione delle relative posizioni.

Il soggetto esterno non è infatti partecipe della suddetta dinamica.

Egli non ha assunto alcun rischio relativo alla propria attività imprenditoriale

(non comunicando alcuna informazione relativa alla stessa) e non spende alcuna risorsa (non partecipando alla gara). La relativa posizione non è quindi paragonabile a quella dei concorrenti.

Inoltre il non concorrente, nel caso di specie, neppure si relaziona in prospettiva antagonista nei confronti degli altri concorrenti in quanto, per i motivi già illustrati sopra, non aspira (neppure potendolo fare) al risultato che il preteso annullamento porta con sé, cioè l'ottenimento dell'aggiudicazione.

Egli è piuttosto portatore di un interesse che lo pone in posizione avversa all'Amministrazione e alla politica pubblica che questa ha inteso perseguire.

Ciò comporta che un'eventuale ostensione al non concorrente delle informazioni comunicate dai partecipanti all'Amministrazione è idonea a incrinare la fiducia riposta dal concorrente nell'Amministrazione, in quanto esorbita dal rischio assunto da quest'ultimo quando ha reso partecipe la stazione appaltante dei dati afferenti alla propria attività, cioè quello che le informazioni imprenditoriali possano essere comunicate agli altri candidati, esposti al medesimo rischio.

In tale prospettiva la non confrontabilità della posizione del non concorrente con quella degli offerenti in punto di rischio di divulgazione delle informazioni imprenditoriali rileva sull'”*apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri*”, in vista della quale la Corte di giustizia ritiene che sia “*necessario che le amministrazioni aggiudicatrici non divulgino informazioni relative a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici il cui contenuto potrebbe essere utilizzato per falsare la concorrenza, vuoi in una procedura di aggiudicazione in corso, vuoi in procedure di aggiudicazione successive*” (Cgue, Grande Sezione, 7 settembre 2021, C927/19).

Ne deriva che quanto meno deve essere valutato con rigore il sopra richiamato requisito della necessità dell'ostensione ai fini della difesa in giudizio (Ad. plen. 25 settembre 2020 n. 20), necessità non sussistente, come già sopra

illustrato, rispetto all'interesse alla non realizzazione dell'intervento pubblico programmato.

Il giudizio valutativo di tipo comparativo fra gli interessi confliggenti facenti capo al richiedente e, rispettivamente, al controinteressato non si compone quindi a favore del primo, così neppure potendo censurare il diniego in riferimento all'opposizione del controinteressato (e ciò senza necessità di approfondire i termini dell'opposizione).

9.19. In ragione di quanto sopra non può quindi essere censurato, sulla base dei mezzi proposti, il diniego impugnato, trovando conferma, nelle sopra esposte considerazioni, il percorso motivazionale seguito da Rome Capitale allorquando ha ritenuto mancante l'interesse diretto, concreto e attuale all'accesso per omessa presentazione dell'offerta e mancante l'interesse alla difesa in giudizio dal momento che le esigenze difensive sono funzionali all'annullamento della gara e non all'aggiudicazione, oltre che per quanto attiene all'opposizione del controinteressato.

10. In conclusione, l'appello va accolto per quanto di ragione e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, va respinto il ricorso introduttivo.

11. La particolarità e la novità delle questioni giuridiche sottese alla presente controversia giustificano la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso introduttivo.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2024 con

l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Sara Raffaella Molinaro

IL PRESIDENTE
Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO