

Pubblicato il 28/07/2023

N. 07399/2023 REG.PROV.COLL.
N. 05615/2023 REG.RIC.



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

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 5615 del 2023, proposto da Proges Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e in qualità di mandataria del costituito RTI Proges con Solidarietà Consol Società Cooperativa Sociale e con Synergo S.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocata Alessandra Rulli, con domicilio eletto presso lo studio del dottor Alfredo Placidi, in Roma, via Barnaba Tortolini, n. 30, e con domicilio digitale come da PEC dei Registri di giustizia,

contro

la Cooperativa Sociale e di Lavoro – Operatori Sanitari Associati – O.S.A. Società Cooperativa Sociale - Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Mauro Renna, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di giustizia,

nei confronti

- dell'Azienda Sanitaria Locale A.S.L. n. 2 di Lanciano-Vasto-Chieti, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro Referza, con domicilio eletto presso il suo studio in Teramo, corso Cerulli, n. 31, e con domicilio digitale come da PEC dei Registri di giustizia;

- della Società Cooperativa Nuova Sair, in persona del legale rappresentate *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per la riforma

dell'ordinanza *ex* articolo 116, comma 2, c.p.a. del Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo- Pescara, Sezione I, 9 giugno 2023, n. 239, resa tra le parti e concernente l'accesso agli atti relativi alla procedura di evidenza pubblica per l'accordo quadro per il servizio di assistenza domiciliare integrata.

Visto l'art. 98 cod. proc. amm;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto il decreto presidenziale 1 luglio 2023, n. 2705;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Cooperativa Sociale e di Lavoro – Operatori Sanitari Associati – O.S.A. Società Cooperativa Sociale - Onlus, dell'Azienda Sanitaria Locale A.S.L. n. 2 di Lanciano-Vasto-Chieti e della Società Cooperativa Nuova Sair;

Vista la impugnata ordinanza del Tribunale amministrativo regionale di accoglimento dell'istanza di accesso agli atti presentata dalla parte ricorrente in primo grado;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 luglio 2023 il consigliere Luca Di Raimondo e uditi gli avvocati delle parti come da verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

Premesso che:

- con ricorso notificato in data 7 novembre 2022 e depositato il 22 novembre successivo presso il Tar Abruzzo, sede staccata di Pescara, la Cooperativa Sociale e di Lavoro – Operatori Sanitari Associati – O.S.A. Società Cooperativa Sociale - Onlus, (di seguito anche “OSA”) ha chiesto l’annullamento, previa sospensiva:

a) della deliberazione del Direzione generale 2 novembre 2022, n. 1543, con cui l’Azienda Sanitaria Locale A.S.L. n. 2 di Lanciano-Vasto-Chieti (di seguito anche “ASL”) ha disposto l’esclusione della ricorrente dalla procedura di gara indetta dall’ente con deliberazione n. 227 del 17 febbraio 2022 ed ha aggiudicato l’accordo quadro per il servizio di assistenza domiciliare integrata al raggruppamento temporaneo di imprese Proges costituito tra la Proges Società Cooperativa Sociale, la Solidarietà Consol Società Cooperativa Sociale e con Synergo S.r.l. (di seguito anche “Proges”);

b) degli atti di indizione e verbali di gara, al fine di conseguire, in via principale, la riammissione e la rivalutazione della propria offerta tecnica ovvero, in subordine, la caducazione dell’intera gara;

- con ricorso per motivi aggiunti notificato in data 19 dicembre 2022 e depositato il 23 dicembre successivo, proposto ai sensi dell’art. 116, comma 2, c.p.a., OSA ha chiesto l’annullamento della nota dell’ASL n. 71037/2022, con cui l’Amministrazione ha parzialmente accolto l’istanza di accesso agli atti di gara e alla documentazione delle controinteressate avanzata dalla ricorrente in data 28 ottobre 2022, chiedendo altresì l’accertamento del suo diritto a conoscere gli atti della procedura di evidenza pubblica nella loro interezza;

- dopo aver rinvenuto d’ufficio un possibile profilo di inammissibilità del ricorso in materia di accesso per mancata notifica dell’atto a tutti i

controinteressati, con ordinanza del 29 marzo 2023, n. 131, il Tar Pescara ha ordinato l'integrazione del contraddittorio nei riguardi della seconda classificata nella graduatoria finale della gara, Società Cooperativa Nuova Sair (di seguito anche "Sair"), nei cui confronti pure era stata avanzata istanza di accesso all'intera offerta;

- con l'ordinanza 9 giugno 2023, n. 239, qui impugnata, il Tribunale territoriale ha accolto il ricorso incidentale *ex* articolo 116, comma 2, c.p.a. per l'accesso alle offerte tecniche delle controinteressate, annullando *"il diniego impugnato e dichiara[ndo] l'obbligo dell'intimata amministrazione di consentire alla parte ricorrente di prendere visione ed estrarre copia, previo rimborso del costo di riproduzione e dei diritti di ricerca e visura, della documentazione richiesta con l'istanza di accesso limitatamente alla società aggiudicataria entro il termine di giorni trenta decorrente dalla comunicazione o, se a questa anteriore, dalla notificazione della presente decisione"* e ordinando *"all'A.sl. intimata di riesaminare l'istanza di accesso nei termini di cui in premessa motivando circa l'opposizione della Nuova Sair"*;

- con ricorso in appello notificato il 27 giugno 2023 e depositato il 28 successivo, Proges ha chiesto, previa adozione di provvedimento cautelare, la riforma di detta ordinanza n. 239/2023, affidando il proprio gravame a tre motivi di appello, con i quali ha lamentato:

"1. In via preliminare, inammissibilità del ricorso promosso in materia di accesso per violazione del principio del contraddittorio, violazione dell'art. 116, co. 2, c.p.a. ed erronea applicazione dell'art. 49 c.p.a.": secondo l'appellante, l'ordinanza impugnata sarebbe erronea nella parte in cui il Tar non ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso proposto da OSA *ex* articolo 116, comma 2, c.p.a., perché non tempestivamente

notificato alla Sair, ma solo a seguito dell'ordinanza del Tar Abruzzo 29 marzo 2023, n. 131, atteso che la controinteressata era facilmente individuabile da parte della ricorrente al momento della proposizione del gravame *in prime cure*;

“2. *Error in iudicando: Inammissibilità e/o infondatezza della domanda di ostensione. Difetto di legittimazione ed interesse dell'istante. Violazione degli artt. 120 e ss. c.p.a.; violazione del principio di utilità/strumentalità*”: con tale mezzo, l'appellante censura nel merito l'ordinanza di accoglimento del Tar, che non avrebbe adeguatamente valorizzato l'oggetto dell'impugnativa in via principale (l'esclusione della ricorrente per mancato raggiungimento del punteggio minimo pari a 7 per il criterio valutativo *sub* 1., come stabilito dall'articolo 17.1 del Disciplinare di gara), non avendo la ricorrente dimostrato il superamento della cosiddetta prova di resistenza e non essendo la documentazione di cui ha chiesto l'ostensione necessaria al fine di predisporre le proprie difese per ottenere l'annullamento della propria esclusione, contro la quale, a detta dell'appellante, OSA non avrebbe mosso alcuna specifica censura;

“3. *Error in iudicando: Violazione degli artt. 53, co. 6, c.c.p. e degli artt. 22 e ss. della L. n. 241/1990; violazione del principio di strumentalità*”: con tale mezzo Proges lamenta che l'ordinanza impugnata si pone anche in contrasto con la normativa speciale disciplinante l'accesso agli atti e contrasta con il principio di strumentalità, nell'alveo del combinato disposto dell'art. 53, comma 6, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, vigente *ratione temporis*, e dell'articolo 24, comma 6, della legge 7 agosto 1990, n. 241;

- si sono costituite in giudizio la OSA e la ASL con atti depositati rispettivamente il 10 luglio 2023 e il 13 luglio 2023;

- con decreto presidenziale n. 2705/2023, è stata accolta l'istanza di misura cautelare monocratica avanzata dalla parte appellante;
- in prosieguo, tutte le parti hanno depositato memorie difensive;
- alla camera di consiglio del 27 luglio 2023, fissata per l'esame della domanda cautelare, è stato dato avviso alle parti della immediata definizione nel merito, ai sensi dell'articolo 60 c.p.a., del giudizio incidentale sull'accesso ai documenti;

Considerato che:

- in linea generale, con riferimento all'accesso documentale va premesso che l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato ha di recente esaminato l'istituto, qualificandolo come *“configurabile un rapporto giuridico di diritto pubblico costituito dalla titolarità di una posizione giuridica soggettiva che si pone in relazione con un potere della pubblica amministrazione o di un soggetto titolare di pubbliche funzioni, che si esercita mediante l'attività di valutazione della domanda di accesso alla luce degli interessi pubblici e privati protetti dalle disposizioni sostanziali”* e stabilendo, in particolare, quanto segue: *“Si tratta di un rapporto giuridico strumentale ad altro rapporto, in cui si colloca una «situazione giuridicamente tutelata» e «collegata al documento» del quale è chiesto l'accesso (art. 22, comma 2, lett. b, l. n. 241 del 1990). L'accesso ai documenti amministrativi può avere natura procedimentale, quando la domanda è proposta, ai sensi dell'art. 10 della legge n. 241 del 1990, al fine di consentire una partecipazione «più responsabile», contribuendo «a rendere l'esercizio del potere condiviso, trasparente e imparziale» (Cons. Stato, Ad. plen., 25 settembre 2020, n. 19). L'accesso può avere natura autonoma, quando la domanda è proposta, ai sensi degli artt. 22 e ss. della legge n. 241 del 1990, fuori dall'ambito di un procedimento amministrativo in corso. In*

questo caso, l'accesso ha una finalità difensiva, nel senso che la conoscenza del documento è strumentale alla tutela di una situazione giuridica, che non presuppone necessariamente la proposizione di un giudizio. Nel caso in cui la finalità sia di difesa giudiziale, la documentazione può rilevare sia nell'ambito di un processo amministrativo sia nell'ambito di un altro processo.” (Adunanza plenaria, 24 gennaio 2023, n. 4);

- la medesima decisione ha affermato il principio di diritto, secondo cui *“l’ordinanza resa nel corso del processo di primo grado sull’istanza di accesso documentale ai sensi dell’art. 116, secondo comma, cod. proc. amm., è appellabile innanzi al Consiglio di Stato”*;

- in questa prospettiva, deve essere preliminarmente esaminata l’eccezione sollevata dall’Amministrazione appellante di inammissibilità del ricorso *ex* articolo 116, comma 2, c.p.a. proposto dalla OSA in corso di causa nel giudizio dinnanzi al Tar;

- deduce l’appellante che la domanda incidentale per ottenere l’accesso alle offerte della prima e seconda impresa collocate in graduatoria, articolata in primo grado con i motivi aggiunti, sia stata inizialmente notificata irregolarmente alla sola controinteressata Proges e non anche alla Sair, indicata nel provvedimento di esclusione della OSA, oggetto di impugnativa in via principale in prime cure;

- di tanto si sarebbe reso edotto lo stesso Tar, che, in un primo tempo, aveva segnalato alle parti un possibile profilo di inammissibilità del gravame, come deciso con ordinanza collegiale 15 febbraio 2023, n. 90, con la quale i primi giudici hanno disposto il rinvio della causa ad una successiva camera di consiglio, con l’assegnazione alle parti del termine di giorni venti dalla comunicazione del provvedimento, per dedurre sulla questione in rito rilevata d’ufficio, e, tra l’altro, hanno stabilito:

“che, nel giudizio in materia di accesso, sono considerati controinteressati i soggetti che dall’ostensione vedrebbero pregiudicato il loro diritto alla riservatezza, e che siano individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto;

che, qualora la partecipazione del controinteressato al “procedimento” attivato con l’istanza di accesso sia stata assicurata dall’amministrazione interpellata, attraverso apposita “comunicazione” ai sensi dell’art. 3 del d.P.R. n.184/2006, l’omessa notifica del gravame a ciascun controinteressato potrebbe determinare l’inammissibilità del ricorso per accesso, giustificandosi la buona fede della parte istante e l’emissione di un ordine di integrazione del contraddittorio iussu iudicis solo qualora la partecipazione del controinteressato al “procedimento” attivato con l’istanza di accesso non sia stata assicurata dall’amministrazione interpellata;

che dopo il passaggio in decisione della causa limitatamente alla domanda di accesso, il Collegio ha rilevato, ai sensi dell’art. 73 comma 3 c.p.a., la ricorrenza di un possibile profilo di inammissibilità del ricorso per la sua omessa notifica alla controinteressata Nuova Sair della cui offerta tecnica è stata richiesta l’integrale ostensione”;

- con successiva ordinanza collegiale 29 marzo 2023, n. 131, il Tar Pescara ha ordinato alla società ricorrente di istaurare il contraddittorio anche nei confronti della controinteressata Sair, sul presupposto che *“nel rito dell’accesso trova comunque applicazione il disposto di cui all’art. 49 c.p.a. espressamente richiamato dall’art. 116 c.p.a.”;*

- dopo l’integrazione del contraddittorio eseguita da parte della ricorrente, il Tribunale territoriale ha accolto il suo ricorso incidentale per accesso alle offerte tecniche delle controinteressate con ordinanza n. 239/2023, oggetto del presente giudizio in appello, annullando *“il*

diniego impugnato e dichiara[ndo] l'obbligo dell'intimata amministrazione di consentire alla parte ricorrente di prendere visione ed estrarre copia, previo rimborso del costo di riproduzione e dei diritti di ricerca e visura, della documentazione richiesta con l'istanza di accesso limitatamente alla società aggiudicataria”;

Ritenuto che:

- come osservato, secondo il primo giudice, il richiamo all'articolo 49 c.p.a. operato dall'articolo 116, comma 1 c.p.a. consentirebbe alla parte ricorrente che abbia notificato il gravame ad almeno un controinteressato di integrare il contraddittorio anche nei confronti di altri soggetti portatori di un interesse uguale e contrario a quello azionato con il ricorso (secondo la costante giurisprudenza, *“la qualità di controinteressato deve essere riconosciuta a coloro che, oltre ad essere nominativamente indicati nel provvedimento o comunque agevolmente individuabili in base ad esso (c.d. elemento formale), sono portatori di un interesse giuridicamente qualificato alla conservazione dell'atto impugnato in quanto quest'ultimo radica un interesse di natura eguale e contraria a quello del ricorrente (c.d. elemento sostanziale)”* (ex multis, Consiglio di Stato, Sezione I, parere n. 574/2022);
- la tesi di fondo su cui fa leva l'appello con il primo motivo di censura riguarda la mancata, tempestiva notifica del ricorso alla controinteressata Sair, la cui documentazione di gara pure era stata richiesta in ostensione e la cui partecipazione al procedimento amministrativo di accesso era stata assicurata sin dall'inizio dalla stazione appaltante;
- il motivo di appello in esame merita accoglimento e che la statuizione sul punto del Tar deve essere riformata, alla luce delle disposizioni processuali applicabili alla fattispecie;
- il comma 1 dell'articolo 116 prevede che *“contro le determinazioni e*

contro il silenzio sulle istanze di accesso ai documenti amministrativi, nonché per la tutela del diritto di accesso civico connessa all'inadempimento degli obblighi di trasparenza il ricorso è proposto entro trenta giorni dalla conoscenza della determinazione impugnata o dalla formazione del silenzio, mediante notificazione all'amministrazione e ad almeno un controinteressato. Si applica l'articolo 49. Il termine per la proposizione di ricorsi incidentali o motivi aggiunti è di trenta giorni”;

- ai sensi del comma 2, *“in pendenza di un giudizio cui la richiesta di accesso è connessa, il ricorso di cui al comma 1 può essere proposto con istanza depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso principale, previa notificazione all'amministrazione e agli eventuali controinteressati. L'istanza è decisa con ordinanza separatamente dal giudizio principale, ovvero con la sentenza che definisce il giudizio”;*

- nel caso di specie, OSA ha chiesto l'accesso agli atti *ex* articolo 116, comma 2, c.p.a. già con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado notificato il 7 novembre 2022, considerato che *“la relativa istanza è rimasta per questa parte tutt'ora inevasa”* ed ha reiterato la domanda con il ricorso per motivi aggiunti notificato il 19 dicembre 2022, impugnando il diniego alla integrale *discovery* disposto dall'Amministrazione con provvedimento del 23 novembre 2022;

- a ben vedere, le disposizioni in esame prevedono due ipotesi: la prima disciplina l'azione a tutela del diniego e del silenzio serbato dall'Amministrazione rispetto ad una istanza di accesso *ante causam*, ovvero indipendentemente dalla pendenza di un procedimento giurisdizionale; la seconda prevede la proponibilità di un giudizio incidentale per ottenere l'ostensione di documenti in possesso della p.a.,

pendente un giudizio (nella fattispecie, per l'annullamento dell'atto di esclusione della ricorrente);

- solo nel primo caso, è ammessa la notifica ad un solo controinteressato, dovendosi ritenere, viceversa, tenuta la parte ricorrente alla notifica del ricorso per l'accesso in corso di causa a tutti i controinteressati;

- da questo punto di vista, deve essere riformata la decisione dei primi giudici, che pure in un primo momento avevano sospettato dell'inammissibilità del ricorso sotto il profilo in esame, nella parte in cui, consentendo l'integrazione del contraddittorio (anche) nei confronti della seconda controinteressata, hanno impropriamente rimesso in termini la ricorrente rispetto ad un suo preciso onere di notificazione, previsto a pena di decadenza, a maggior ragione considerando che il Tar, ritenendo applicabile l'articolo 49, aveva, tuttavia, stabilito che *“nella specie peraltro il procedimento amministrativo di accesso si è svolto con la contestuale partecipazione di entrambi i soggetti controinteressati, ossia primo e secondo classificati in gara, evocati dall'amministrazione ex art. 3 del d.p.r. 184/2006, che si sono entrambi opposti all'ostensione delle rispettive offerte tecniche per ragioni di tutela del segreto tecnico e commerciale”*;

- non può, dunque, ritenersi applicabile nella specie il comma 1 del citato articolo 116 c.p.a., che afferisce all'ipotesi di instaurazione di autonomo giudizio in materia di accesso ai documenti, nella quale il comma citato richiama la regola generale della notifica ad almeno un controinteressato di cui all'articolo 41, comma 1, c.p.a., mentre nella specie si tratta di domanda incidentale proposta in corso di causa ai sensi del comma 2 dello stesso articolo, laddove si prevede che la domanda debba essere notificata *“all'amministrazione e agli eventuali controinteressati”*, e quindi a tutti i soggetti individuati dalla p.a. come

controinteressati;

- tale differenziazione ha una sua precisa *ratio*, atteso che, laddove vi sia già un giudizio instaurato, non appare eccessivamente oneroso, e anzi appare conforme al canone di ragionevole durata del processo *ex* articolo 111 Costituzione impone alla parte, la quale intenda ampliare il *thema decidendum* introducendo una domanda in materia di accesso ai documenti, di assicurare immediatamente la regolare instaurazione del rapporto processuale con tutti i soggetti interessati, senza imporre impropriamente, di fatto, al giudice e alle parti un ulteriore passaggio processuale per l'integrazione del contraddittorio;

- devono al riguardo condividersi, pertanto, le considerazioni dell'appellante Proges, secondo cui una corretta e sistematica lettura delle disposizioni di rito applicabili porta alla conclusione che il primo comma dell'articolo 116 c.p.a. ritiene sufficiente, ai fini dell'ammissibilità del ricorso promosso in materia di accesso, la sua notifica all'Amministrazione e ad almeno un controinteressato, ammettendo l'applicazione dell'articolo 49 c.p.a. (rubricato "*Integrazione del contraddittorio*"), mentre il secondo comma dell'articolo 116, in caso di impugnativa proposta in corso di causa nell'ambito di un giudizio di merito già pendente cui l'accesso è connesso (come nella specie), pone come espresso onere del ricorrente la notifica del ricorso all'Amministrazione e agli eventuali controinteressati (indicati dalla norma al plurale), risultando significativamente omesso ogni richiamo, nel comma in esame, all'art. 49 c.p.a.;

- ritiene il Collegio che tale diversa formulazione non possa ritenersi casuale, ma rispondente in tutta evidenza alla *ratio* di costituire immediatamente e ritualmente il giusto contraddittorio, anche perché, a

contrario, nella misura in cui il legislatore avesse ritenuto sufficiente la notifica ad un solo controinteressato, con possibilità di integrare il contraddittorio, lo avrebbe espressamente previsto, dovendosi ritenere che il riferimento agli “*eventuali controinteressati*”, unitamente all’omesso richiamo all’art. 49 c.p.a., deponga nel senso dell’indispensabilità dell’immediata e tempestiva notifica della domanda incidentale in materia di accesso proposta ai sensi dell’articolo 116, comma 2, c.p.a., a tutti coloro già coinvolti nel relativo procedimento e che, come nel caso in esame, potrebbero essere pregiudicati dall’ostensione;

- l’unica lettura consentita della normativa in esame è confermata anche dalla sentenza dell’Adunanza plenaria citata, che, pur occupandosi della natura decisoria o meno (e, dunque, della sua impugnabilità) dell’ordinanza *ex* articolo 116, comma 2, c.p.a., ha chiarito che “*il codice del processo amministrativo ha disciplinato distintamente la fase dell’istruttoria e l’istanza di accesso in corso del giudizio, con la conseguenza che non si possono sovrapporre gli istituti in esame (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., n. 19 del 2020, cit., sulle differenze tra l’accesso documentale e le esigenze istruttorie, anche nel processo civile)*”, stabilendo - per il profilo che qui viene in rilievo- che “*sulla base del criterio di interpretazione letterale – l’art. 116 cod. proc. amm. prevede, al comma 2, che: i) «il ricorso di cui al comma 1» può essere proposto con istanza in pendenza di giudizio, il che evidenzia – per il rinvio effettuato all’accesso richiesto con ricorso autonomo – la sostanziale unitarietà del rimedio; ii) l’istanza deve essere notificata all’Amministrazione e agli eventuali controinteressati, che potrebbero anche essere diversi dalle parti già evocate in giudizio, il che evidenzia come il rispetto delle regole del contraddittorio sia coerente con la*

logica della natura decisoria dell'ordinanza", con l'obiettivo di "assicurare il diritto di difesa (artt. 24 e 113 Cost.; art. 1 cod. proc. amm.) dei controinteressati e della stessa pubblica amministrazione, qualora nel corso del processo sia emessa una ordinanza che accolga il ricorso ex art. 116, comma 2, cod. proc. amm. e consenta l'ostensione dei documenti richiesti";

- a ciò si aggiunga che la Sair ha assunto fin dall'inizio, nella stessa prospettazione della ricorrente, così come evincibile dalla sua istanza di accesso di OSA del 28 ottobre 2022, la qualifica di soggetto controinteressato, nell'accezione fissata dall'articolo 22, comma 1, lett. c), della legge 7 agosto 1990, n. 241, a mente del quale sono *"controinteressati tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza"*;

Ritenuto che:

- conseguentemente, la mancata notifica della domanda incidentale ex articolo 116, comma 2, c.p.a. a tutti i soggetti identificati dall'Amministrazione come controinteressati nel procedimento sull'istanza di accesso (ciò di cui la ricorrente era ben a conoscenza) ha reso la domanda in radice inammissibile, senza che vi fosse spazio alcuno per un ordine giudiziale di integrazione del contraddittorio ai sensi dell'articolo 49 c.p.a.;

- alla luce delle suesposte considerazioni, il primo motivo di appello merita accoglimento, restando così assorbito l'esame delle ulteriori censure articolate dalla Proges con riferimento all'oggetto dell'impugnativa proposta dinanzi al Tar in via principale da OSA, rimanendo affidata al primo giudice la delibazione sulla domanda di annullamento del provvedimento con cui è stata disposta l'esclusione

della ricorrente per mancato raggiungimento del punteggio minimo pari a 7 per il criterio valutativo *sub* 1., come stabilito dall'articolo 17.1 del Disciplinare di gara, dei profili attinenti al superamento della cosiddetta prova di resistenza e alla indispensabilità della documentazione di cui è stata chiesta l'ostensione per poter predisporre le proprie difese per ottenere coltivate il ricorso contro l'esclusione, alla luce di quanto stabilito dalla citata sentenza dell'Adunanza plenaria, secondo cui la natura decisoria dell'ordinanza *ex* articolo 116, comma 2 concerne *“un accesso difensivo “qualificato” dalla circostanza che la documentazione richiesta deve essere strumentale alla tutela delle situazioni giuridiche che sono state fatte valere in uno specifico processo amministrativo in corso di svolgimento”*;

- data la novità della questione, le spese del grado possono essere compensate;

P.Q.M.

accoglie l'appello (n.r.g. 5615/2023) e, per l'effetto, in riforma dell'ordinanza impugnata, dichiara inammissibile il ricorso *ex* articolo 116, comma 2, c.p.a. proposto dalla ricorrente in primo grado.

Spese compensate.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la Segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Paolo Carpentieri, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Luca Di Raimondo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Luca Di Raimondo

IL PRESIDENTE
Raffaele Greco

IL SEGRETARIO