

TRACCIA ESTRATTA

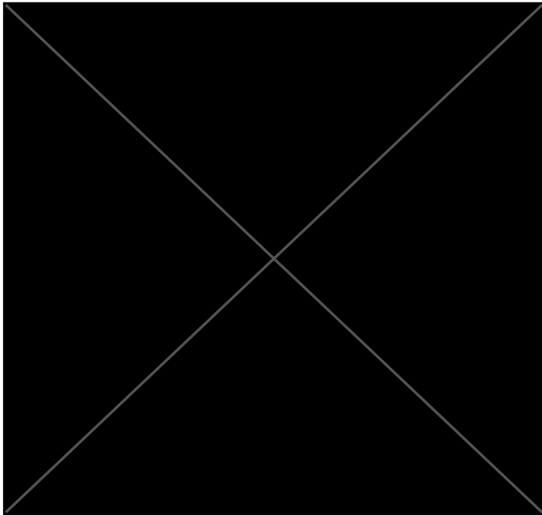
BANDO N. 367.376 DIR SAC

CONCORSO PUBBLICO PER TITOLI ED ESAMI, PER L'ASSUNZIONE CON CONTRATTO DI LAVORO A TEMPO PIENO E INDETERMINATO DI UNA UNITÀ DI PERSONALE DIRIGENZIALE DI II FASCIA - PRESSO L'AMMINISTRAZIONE CENTRALE DEL CONSIGLIO NAZIONALE DELLE RICERCHE - ROMA

SECONDA PROVA SCRITTA
GIORNO 21 APRILE 2023

BUSTA B

Predisponga il candidato/a una relazione all'Amministrazione soccombente sulla sentenza oggetto del dossier consegnato (Allegato contraddistinto con la lettera **B** in materia di contratti pubblici con particolare riguardo all'inconferenza dell'offerta tecnica presentata da uno degli offerenti), nella quale evidenzi i profili di possibile impugnativa dinanzi al Consiglio di Stato.



N.

REG.RIC.

(B)

Publicato il 16/12/2021

N.

REG.PROV.COLL.

N.

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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale _____ del 2021, proposto da

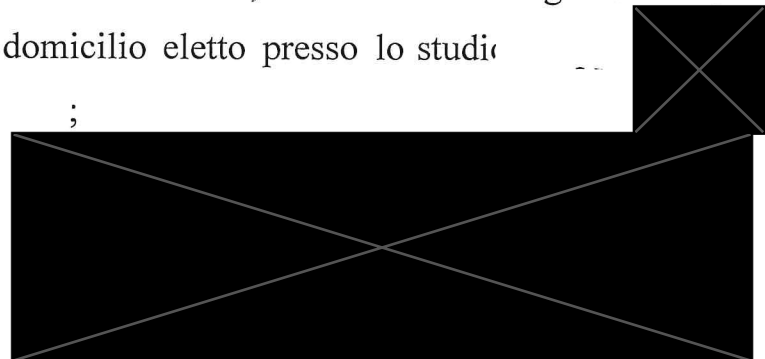
_____ in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati _____ e _____, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo in _____ ;

contro

_____, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall' _____, domiciliataria *ex lege* _____ ;

nei confronti

_____, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati _____ e _____, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio _____ ;



non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa adozione della misura cautelare della riammissione con riserva,

del decreto del [redacted] Direzione Centrale dei Servizi tecnico-logistici e della gestione patrimoniale, prot. n. 086018 del 3 novembre 2021, comunicato alla ricorrente in data 3 novembre 2021, con il quale il costituend [redacted] (mandataria) [redacted] (mandante) è stato escluso dalla procedura di gara per la “realizzazione di un servizio LTE Public Safety sul territorio di 11 (undici) province, articolantesi nella fruizione di un servizio di comunicazione MCPPT e fonia, di un servizio di videosorveglianza in mobilità e di un servizio di accesso a banche dati, con una durata pari a 36 (trentasei) mesi, realizzata in modalità ASP”, in conseguenza delle presunte “violazioni della previsione di cui al Paragrafo 7 del disciplinare di gara ... configurandosi specifiche, manifeste irregolarità dell'offerta tecnica e la ... non conformità della medesima ai requisiti ... indicati nel bando di gara ... e, nello specifico, ai Paragrafi 6.4 e 3.4 del capitolato tecnico, rispettivamente per errata quantificazione del novero degli accessori ... offerti (nr. 917) rispetto alle stime attese (nr. 1009) e per la mancata previsione di interoperabilità con entrambi i «sistemi» già in uso alle Forze di Polizia”; di ogni altro presupposto, con specifico riferimento ai verbali delle valutazioni tecniche della Commissione giudicatrice e, ove occorrer possa, del par. 3.4 del Capitolato tecnico di gara, successivo e comunque connesso; dichiarazione di inefficacia dell'eventuale contratto medio tempore stipulato a seguito dell'aggiudicazione definitiva della procedura di gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del [redacted] e di [redacted];

;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 dicembre 2021 il dott. \ e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con provvedimento nr. 77719 in data 29.12.2020 il . ha avviato la procedura di gara, ai sensi dell'articolo 60, comma 1, del D.lgs. 50/2016, avente ad oggetto la "realizzazione di un servizio LTE Public Safety sul territorio di 11 (undici) province, articolantesi nella fruizione di un servizio di comunicazione MCPTT e fonia, di un servizio di videosorveglianza in mobilità e di un servizio di accesso a banche dati, con una durata pari a 36 (trentasei) mesi", con aggiudicazione prevista con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base del disposto normativo di cui all'articolo 95, comma 2, sempre del D.lgs. nr.50/2016 e ss.mm.ii., e non suddivisa in lotti, in deroga all'art. 51 del medesimo decreto legislativo, in ragione ed a garanzia dell'univocità, omogeneità, efficienza operativa ed efficienza gestionale della fornitura.

Per la procedura di gara di cui è causa è stato posto a base d'asta l'importo di € 99.650.000,00, IVA esclusa, fissato dall'Ufficio Tecnico ed Analisi di Mercato, a seguito di elaborazione di specifico capitolato tecnico con unita "relazione tecnica" nr. 76954 in data 23/12/2020.

Il relativo "disciplinare di gara" stabiliva i termini e le modalità di presentazione delle istanze di partecipazione e relative offerte tecnico/economiche e fissava i requisiti di carattere generale, di idoneità professionale e di capacità economica – finanziaria e tecnico – professionali.

Dopo la pubblicazione del bando di gara la stazione appaltante ha pubblicato sulla piattaforma "acquistiinretepa.it" i "chiarimenti" resi necessari dalle richieste pervenute dagli operatori economici interessati.

Alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, inizialmente fissato alle ore 13.00 del 14/5/2021, poi prorogato alle ore 13.00 del 28/05/2021, sono

pervenute le offerte tecnico economiche dei seguenti operatori: “

”; “\ ”; RTI composto dalle Società “\ ”
(mandataria) e “ ” (mandante). Con verbale in data 12 settembre 2021
la Commissione ha proposto l’esclusione dalla procedura in argomento dalla
procedura in argomento del costituendo RTI tra le Società “ ”, in
qualità di mandataria, e “ ”.

Con verbale in data 21 settembre 2021 la Commissione di gara ha proposto
l’esclusione dalla procedura in argomento del costituendo RTI tra le Società ‘
, in qualità di mandataria, e “ ”, quale mandante, in esito
alla relativa valutazione eseguita.

La stazione appaltante ha poi emanato il decreto di esclusione decreto nr. 86018 in
data 3.11.2021, avendo accertato violazioni della previsione di cui al Paragrafo 7
del disciplinare di gara e, conseguentemente, del disposto di cui all’ articolo 94,
comma 1, lett. a), del decreto legislativo nr. 50/2016 e ss.mm.ii., configurandosi
specifiche, manifeste irregolarità dell’offerta tecnica e la conseguente non
conformità della medesima ai requisiti, condizioni e criteri indicati nel bando di
gara, ai sensi dell’articolo 59, comma 3, lett. a), del menzionato decreto legislativo,
e, nello specifico, ai Paragrafi 6.4 e 3.4 del capitolato tecnico, rispettivamente per
errata quantificazione del numero degli accessori per “terminali palmari “rugged” –
caricabatterie multipli da tavolo” offerti (nr. 917) rispetto alle stime attese (nr.
1009), e per la mancata previsione di interoperabilità con entrambi i “sistemi” già
in uso alle Forze di Polizia, dandone comunicazione a tutti gli operatori economici
partecipanti, fra cui lo stesso costituendo RTI ricorrente.

Avverso tale provvedimento ha proposto impugnazione l’interessata deducendo:

1) Falsa applicazione degli artt. 59, co. 3, lett. a) e 94, co. 1, lett. a), del d.lgs. n.
50/2016 e del par. 6.4 del Capitolato per avere disposto l’esclusione del
Concorrente dalla gara senza aver prima verificato l’esatta consistenza dell’offerta.
– Eccesso di potere per travisamento delle circostanze di fatto in conseguenza
dell’erronea valutazione dell’offerta del RTI, desumibile dall’offerta nel suo

presenti difformità rispetto alle previsioni della *lex specialis* (cfr. in particolare i §§ 6.4 e 3.4 del capitolato e § 7 del disciplinare).

Le conclusioni sopra anticipate sono ricavabili innanzitutto dall'art. 13 del disciplinare, il quale dopo aver affermato che *“Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, e in particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del DGUE, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9 del Codice”*, ha poi precisato che *“L'irregolarità essenziale è sanabile laddove non si accompagni ad una carenza sostanziale del requisito alla cui dimostrazione la documentazione omessa o irregolarmente prodotta era finalizzata. La successiva correzione o integrazione documentale è ammessa laddove consenta di attestare l'esistenza di circostanze preesistenti, vale a dire requisiti previsti per la partecipazione e documenti/elementi a corredo dell'offerta...”*.

3. In proposito occorre richiamare i principi affermati dalla giurisprudenza amministrativa in tema di corretto utilizzo dei poteri di soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, secondo cui *“il soccorso istruttorio, ben al di là delle mere operazioni di formale completamento o chiarimento cui aveva riguardo l'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006, può riguardare le carenze di “qualsiasi elemento formale della domanda”, vale a dire la mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità, quand'anche di tipo “essenziale”, purché non involgente l'offerta economica o tecnica in sé considerata (cfr. Cons. Giust. Amm. 5 novembre 2018, n. 701; Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2019, n. 348).*

3.1. Se è vero che i limiti al ricorso del potere di soccorso istruttorio individuati dal citato art. 83, comma 9, rispondono all'esigenza di mantenere in equilibrio il rapporto tra *favor participationis* e *par condicio*, che può risentire di qualche sbilanciamento ove ad un concorrente sia consentito di rimediare ad errori relativi alla documentazione presentata in fase di gara, soprattutto nel momento di maggior confronto concorrenziale rappresentato dall'esame delle offerte tecnica ed

economica, tuttavia occorre distinguere tra il caso in cui l'offerta tecnica sia in sé costituita da un documento, quale un progetto che illustri le peculiari e innovative modalità di svolgimento dell'affidamento, ed il caso in cui il documento sia solo il "mezzo descrittivo" di una *res* (dispositivi e apparati in fornitura) e di un servizio ("servizio LTE Public Safety", quale insieme delle componenti: 1. servizio di comunicazioni MCPTT e fonia; 2. servizio di videosorveglianza in mobilità; 3. servizio di accesso a banche dati) che nella sua consistenza e caratteristiche strutturali e funzionali è il vero oggetto dell'offerta, sulla base delle considerazioni che seguono.

3.2. Mentre non vi è dubbio che l'integrazione o il chiarimento richiesto al concorrente in sede di soccorso istruttorio non potrebbe arricchire l'originaria consistenza dell'offerta o modificarne il contenuto, in ipotesi in cui come quella in esame, in cui in relazione al primo motivo di esclusione che si basa sul rilievo che il RTI avrebbe indicato nella sua offerta una quantità di caricabatterie ad alloggiamento multiplo per i terminali palmari c.d. "rugged" pari a n. 917, inferiore a quello minimo previsto dalla disciplina di gara, pari a 1.009, non vi è ragione alcuna di far recedere il principio di *favor participationis* a vantaggio di quello di *par condicio* che, nel concreto, non subirebbe alcuna lesione.

Ciò, perché la caratteristica (o meglio la quantità di caricabatterie per i terminali oggetto della fornitura) costituisce per le ragioni di seguito illustrate espressione di un mero errore di calcolo.

4. In proposito si osserva, in primo luogo, che il par. 6.4 del capitolato tecnico di gara non prevede un ammontare ben individuato di beni, ma una formula per determinare il quantitativo minimo di caricabatterie multipli, la cui concreta entità varia in funzione degli alloggiamenti e di un coefficiente (1.1) da applicare al rapporto tra apparecchi e numero di alloggiamenti del caricabatterie multiplo.

Nell'offerta tecnica del RTI è stato indicato un numero di terminali pari a 5.500, mentre gli alloggiamenti dei caricabatterie multipli sono 6: il rapporto tra le due

entità quindi è pari a 917. Tale valore, indicato nell'offerta tecnica della ricorrente, tuttavia, avrebbe dovuto essere moltiplicato per il coefficiente di 1.1 per giungere al risultato di 1.009.

Il valore di 917, quindi, è frutto di un evidente errore di calcolo determinato dalla mancata moltiplicazione del risultato della frazione per il valore 1.1, in un contesto in cui non vi è alcun margine di opinabilità o di valutazione discrezionale.

4.1. Che si tratti di un mero errore di calcolo che ha condotto ad un risultato inferiore alla offerta minima, trova conferma nel fatto che (come dedotto dalla ricorrente senza essere smentita) nell'offerta economica dell'operatore economico predisposta insieme all'offerta tecnica e inserita nel sistema informatico l'importo sarebbe stato determinato prendendo a riferimento il valore corretto pari a 1.009 (corrispondente alla moltiplicazione di 917 per 1.1, come richiesto dal disciplinare).

4.2. Ciò posto, mentre non vi è dubbio che l'integrazione o il chiarimento richiesto al concorrente in sede di soccorso istruttorio non potrebbe arricchire l'originaria consistenza dell'offerta o modificarne il contenuto, in ipotesi in cui come quella in esame, in cui era chiesto di indicare un numero di caricabatterie estratto da una formula matematica, deve ribadirsi che non vi è ragione alcuna di far recedere il principio del *favor participationis* a vantaggio di quello della *par condicio* (sul quale insistono le resistenti).

Ciò perché non vi è alcuna certezza, alla stregua di quanto sopra rilevato circa la formulazione della legge di gara sul quantitativo minimo di caricabatterie multipli e della corretta indicazione in sede di offerta economica, che tale profilo dell'offerta (i caricabatteria multipli) insufficientemente descritto non fosse effettivamente esistente. Più correttamente non vi è alcuna certezza - a differenza di quanto sembrano sostenere le controparti - che la ricorrente intendesse vincolarsi ad una fornitura di 917 apparecchi e non di 1.009, tenuto conto che l'offerta economica sarebbe rimasta invariata.

4.3. Quanto sopra considerato si pone in linea con un consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui le offerte di gara, intese come atto

negoziale, sono suscettibili di essere interpretate alla ricerca della effettiva volontà del dichiarante per individuare e rettificare eventuali errori di calcolo, sempre che “alla rettifica si possa pervenire con ragionevole certezza e, comunque, senza attingere a fonti conoscenza estranee all’offerta medesima né a dichiarazioni integrative o rettificative dell’offerente” (cfr. Cons. di Stato, Sez. III, 13 marzo 2014, n. 1487).

4.4. Ne consegue che era onere della stazione appaltante, in presenza di tale evidente errore materiale nella formulazione dell’offerta, quello di ricercare l’effettiva volontà del concorrente, mediante il ricorso ad una richiesta di chiarimenti sulla base degli elementi contenuti nell’offerta economica, procedendo alla correzione dell’errore di calcolo (cfr. TAR Lazio, sez. III, 22 giugno 2021, n. 7416).

5. Quanto al secondo motivo di esclusione, esso si basa sulla circostanza che il costituendo RTI relativamente all’interfacciamento con le reti esistenti di cui al Paragrafo 3.4 del capitolato di gara, in luogo dell’integrazione prevista con i “due sistemi radiomobili” già in uso alle Forze di Polizia (VHF/UHF e TETRA) avrebbe proposto servizi di interoperabilità esclusivamente con il “sistema TETRA”.

5.1. Occorre muovere dalle previsioni della legge di gara.

Il § 3.4. del capitolato “Interfacciamento con le reti esistenti” disponeva in origine che “In almeno una delle undici province oggetto del contratto, inoltre, deve essere realizzato l’interfacciamento della componente MCPTT con i sistemi radiomobili già in uso alle Forze di polizia (VHF/UHF e TETRA). Tutti gli oneri relativi allo sviluppo e all’implementazione dell’interfacciamento sono a carico della società aggiudicataria, senza oneri aggiuntivi per l’Amministrazione”.

In seguito la stazione appaltante ha precisato nelle risposte ai quesiti formulati nel corso della procedura di gara, con particolare riferimento al “chiarimento” nr. 151 (*prima tranche*), che “La provincia (o eventualmente radiomobili già in uso alle Forze di polizia (VHF/UHF e TETRA) sarà individuata dall’Amministrazione di

concerto con le altre Forze di polizia”.

Precisa ulteriormente la difesa dell'amministrazione nella propria memoria a pag. 10, che *“non era, pertanto, delegata all'offerente la scelta della Provincia, ma alla stazione appaltante che, in fase di esecuzione contrattuale (Cfr. All. nr. 6, quesito nr. 80), avrebbe potuto indicare una provincia in cui sono in esercizio “Reti VHF/UHF”*. In definitiva sempre secondo la difesa del : *“la stazione appaltante richiedeva all'operatore economico aggiudicatario di implementare l'interfacciamento della componente MCPTT con i sistemi radiomobili già in uso alle Forze di polizia con l'utilizzo di entrambe le reti (“rete TETRA” e “rete VHF/UHF”), mentre alla stazione appaltante veniva riservato il compito di individuare la “La provincia (o eventualmente le province)” (Cfr. All. nr. 6 quesito nr. 151) dove implementare l'interfacciamento delle “componenti” di cui sopra”*.

5.2. Il confronto tra la originaria previsione del capitolato al § 3.4. e i chiarimenti sopra descritti e richiamati dalla stazione appaltante, induce a ritenere che le previsioni di gara, con particolare riferimento a tale aspetto, non fossero del tutto chiare o inequivoche e ciò è confermato dal numero dei quesiti (almeno due) che hanno riguardato il § 3.4.

5.3. Invero leggendo le previsioni del capitolato e poi i chiarimenti si ricava che l'Amministrazione, più che chiarire il significato del perplesso § 3.4., abbia quanto meno implementato se non stravolto le originarie previsioni di gara.

Una interpretazione letterale del § 3.4., infatti, induce a ritenere che al fine di soddisfare *la lex specialis* fosse sufficiente indicare “una sola provincia” (si legge *“In almeno una delle undici province oggetto del contratto”*) in cui realizzare *“l'interfacciamento della componente MCPTT con i sistemi radiomobili già in uso alle Forze di polizia (VHF/UHF e TETRA)”*.

Tale formulazione induceva anche a ritenere che la scelta della provincia in cui effettuare l'implementazione spettasse all'operatore economico partecipante, tanto è vero che nel quesito n. 151 si legge: *“Si chiede di confermare che la scelta della provincia su cui implementare l'interfacciamento è a discrezione del fornitore. Si*

chiede inoltre di confermare che un singolo interfacciamento (nella provincia scelta a discrezione del fornitore) è sufficiente per garantire la visibilità completa dei due sistemi”.

Invece, proprio in risposta a tale quesito, la stazione appaltante ha sovvertito la previsione affermando che *“La provincia (o eventualmente le province) dove sarà implementato l'interfacciamento della componente MCPTT con i sistemi radiomobili già in uso alle Forze di polizia (VHF/UHF e TETRA) sarà individuata dall'Amministrazione di concerto con le altre Forze di polizia...”.*

Quindi non spetterebbe più all'operatore la scelta di una delle undici province, ma all'Amministrazione la indicazione di una o più province in cui implementare l'interfacciamento.

6. Trova conferma così la censura secondo cui la diversa interpretazione del § 3.4 del Capitolato prospettata dalla Commissione è inficiata da un'insanabile contraddizione, ove si consideri che, mentre il concorrente era tenuto a indicare *“almeno una delle province”* (per cui una provincia era sufficiente a soddisfare il requisito), allo stesso tempo si pretende che l'operatore realizzi l'Interfacciamento per entrambe le tecnologie, tenuto conto che - allo stato - in ogni ambito provinciale risulta operativo solo il sistema TETRA o il sistema VHF/UHF (in via alternativa).

Di fronte a tali previsioni non perfettamente allineate, appare comprensibile l'errore commesso dalla società ricorrente, vale a dire la formulazione, in relazione a tale specifico profilo, di una offerta non del tutto conforme alle intenzioni della stazione appaltante, che solo in seguito ha *“chiarito”* che l'interfacciamento sarebbe dovuto avvenire non in una singola provincia, ma in tutte le province che l'amministrazione si sarebbe riservata di indicare.

7. Alla luce di tali evoluzione della legge di gara è, quindi, altrettanto comprensibile (o meglio meno illogica) la indicazione fornita dall'operatore economico ricorrente il quale, pur indicando una specifica provincia (quella di

Roma), aveva comunque dichiarato (come ribadito in sede di ricorso) di “*accettare senza condizioni o riserve alcuna... tutte le disposizioni*” del Capitolato, sottoscrivendo l’allegato 5 della *lex specialis*.

7.1. In senso contrario non valgono le eccezioni delle resistenti secondo cui le lacune presenti nell’offerta tecnica del RTI “ ” non potrebbero essere sanate in alcun modo da una generica dichiarazione, a fronte di una richiesta specifica della stazione appaltante.

L’offerta del RTI, redatta recependo tutte le previsioni contenute nella *lex specialis* assistita dalla sottoscrizione del predetto allegato conferma, comunque, l’assunzione dell’impegno da parte dell’operatore economico, circostanza che trova conferma in quanto specificato nel § 1.1 dell’offerta tecnica (cfr. pag. 2 dell’allegato 7 della ricorrente) di “*accettare tutti i requisiti riportati nel Capitolato*”, precisando come “*in caso di differenza e/o discrepanza... questi ultimi prevarranno*”.

8. Tali considerazioni, insieme a quelle ulteriori di seguito sviluppate, permettono di superare le altre eccezioni sollevate dalla stazione appaltante, secondo cui nessuna parte dell’offerta tecnica di farebbe riferimento all’interfacciamento con la rete UHF/VHF così come richiesto.

La ricorrente assume di aver indicato nell’offerta tecnica, a puro titolo esemplificativo, l’interfacciamento della componente MCPTT con i sistemi radiomobili TETRA già in uso alle Forze di polizia della Provincia di Roma, sul presupposto che l’unica provincia nella quale sono presenti le sale operative di tutte le Forze di polizia presso le quali garantire l’interfacciamento è quella di Roma.

In tal senso e alla luce del complesso sistema di comunicazioni in uso alle Forze di polizia (come descritto dalle difese), nonché dell’intenzione di assicurarne un implemento secondo un modello più evoluto e tecnologicamente avanzato, l’indicazione in sede di offerta della provincia di Roma appare logica e coerente con l’intenzione di dimostrare la capacità di svolgere il servizio nell’ambito che - tra le 11 province oggetto della gara - è quello verosimilmente più

complesso sia per vastità che per numero e articolazione delle diverse forze di polizia, le quali (come sottolineato dalla difesa di) comprendono anche la polizia penitenziaria (circostanza, viceversa, che non pare essere stata considerata dagli altri operatori).

9. Quanto al profilo attinente all'interfacciamento UHF/VHF, è pur vero che il § 3.4. ne recava un riferimento, ma è anche vero che nel disciplinare e nel capitolato non compaiono altre informazioni relative a tale interfacciamento, come la distribuzione sul territorio delle due diverse tecnologie (oggetto del successivo chiarimento n. 80), i criteri di scelta della provincia in cui sviluppare e rendere operativa la soluzione prescelta, l'opzione se tali sistemi nel nuovo modello dovessero coesistere o rimanere alternativi (come è allo stato).

In ogni caso, come dedotto dalla ricorrente e non smentito dalla controparte, il non ha previsto alcun punteggio in relazione a tale aspetto: il § 22.1 del Capitolato si precisa che "*l'offerta tecnica dovrà presentare almeno*" una serie di descrizioni, tutte però relative a profili non attinenti all'interfacciamento, così come il disciplinare.

10. Del resto appare logico ritenere *a fortiori* che un operatore - come il ricorrente - in grado di realizzare la fornitura di apparati e un servizio secondo la tecnologia più sviluppata (sistema Tetra), sia in grado di realizzare un sistema di comunicazioni avvalendosi di un sistema analogico e meno avanzato come quello VHF/UHF.

11. Sulla base delle predette osservazioni si può, quindi, concludere che nel caso di specie fosse possibile avviare una procedura di soccorso volta a consentire l'interpretazione dell'offerta e la ricerca dell'effettiva volontà dell'impresa partecipante alla gara, al fine di superarne l'ambiguità o la lacuna riscontrata, a condizione, però, di giungere a esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto dall'operatore, dopo aver chiarito il contenuto dei documenti e delle dichiarazioni presentate.

In conclusione, nella vicenda in esame, la discrasia rilevata tra l'offerta tecnica e le

previsioni di gara (come ricostruite dalla stazione appaltante) può essere ricondotta all'ipotesi di "irregolarità non essenziale" dell'offerta, che avrebbe dovuto indurre l'Amministrazione ad attivare il soccorso procedimentale.

Il chiarimento avrebbe, difatti, comportato il superamento del dubbio circa il possesso o meno del requisito in questione, senza determinare alcuna alterazione del contenuto dell'offerta tecnica (o meglio della dichiarazione resa in sede di offerta) (cfr. da ultimo in tal senso Consiglio di Stato sez. III, 11.8.2021, n. 5850).

12. Per tutto quanto precede, il ricorso va accolto e i provvedimenti impugnati - eccezion fatta per le gravate clausole della *lex specialis*, in quanto interpretate come non ostative all'attivazione del soccorso procedimentale nei sensi innanzi precisati - vanno annullati ai fini di un riesame da parte dell'Amministrazione della offerta della ricorrente.

13. A tal riguardo giova precisare, anche in relazione a quanto precisato dalle stesse parti nel corso della camera di consiglio, su espressa richiesta del collegio, che l'annullamento dei suddetti provvedimenti implica che la gara "regredisca" alla fase in cui si è interrotta, ovvero a quella di esame dell'offerta tecnica ed economica della ricorrente ai fini, nei limiti dell'attribuzione del punteggio relativo e dell'inserimento nella graduatoria finale dei partecipanti alla gara.

In particolare, avendo la Commissione accertato la non idoneità sotto il profilo formale ai fini dell'attribuzione del punteggio del progetto relativo al numero degli apparati (caricabatterie) e alle previsioni del § 3.4. del capitolato, gli stessi dovranno essere valutati all'esito della corretta produzione delle indicazioni necessarie da parte della ricorrente in sede di soccorso procedimentale.

In altri termini, la Commissione dovrà procedere alla stessa valutazione dell'offerta tecnica della ricorrente, che avrebbe effettuato se i documenti relativi ai due profili in contestazione fossero stati già presentati dalla concorrente nella forma richiesta dalla legge di gara.

Sussistono i presupposti per disporre la compensazione delle spese del giudizio, in considerazione della peculiarità delle questioni esaminate.

N.

REG.RIC.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi precisati in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Arzillo, Presidente

Vincenzo Blanda, Consigliere, Estensore

Anna Maria Verlengia, Consigliere

L'ESTENSORE
Vincenzo Blanda

IL PRESIDENTE
Francesco Arzillo

IL SEGRETARIO

BANDO N. 367.376 DIR SAC

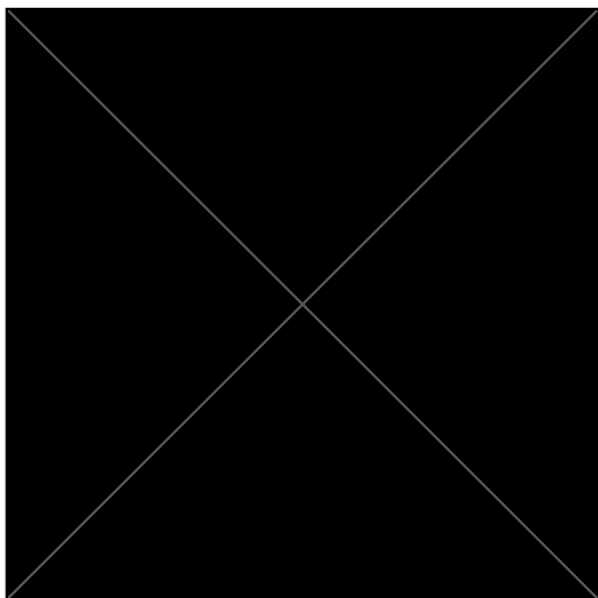
CONCORSO PUBBLICO PER TITOLI ED ESAMI, PER L'ASSUNZIONE CON CONTRATTO DI LAVORO A TEMPO PIENO E INDETERMINATO DI UNA UNITÀ DI PERSONALE DIRIGENZIALE DI II FASCIA - PRESSO L'AMMINISTRAZIONE CENTRALE DEL CONSIGLIO NAZIONALE DELLE RICERCHE - ROMA



SECONDA PROVA SCRITTA
GIORNO 21 APRILE 2023

BUSTA A

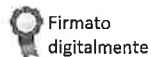
Predisponga il candidato/a una relazione all'Amministrazione soccombente sulla sentenza oggetto del dossier consegnato (Allegato contraddistinto con la lettera A in materia di diritto d'accesso), nella quale evidenzi i profili di possibile impugnativa dinanzi al Consiglio di Stato.





Publicato il 07/06/2021

N. REG.PROV.COLL.
N. 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale del 2020, proposto da
, rappresentati e
difesi dagli avvocati con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

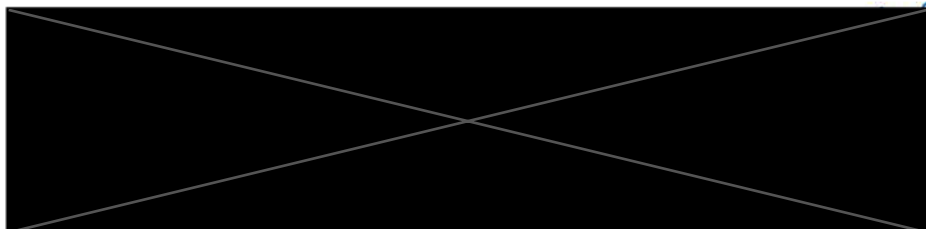
, il persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

non costituito in giudizio;

per l'annullamento

della Nota - Direttore Organizzazione Risorse Umane prot. RUO/D/13021/G
in data 24 agosto 2020, di diniego di accesso ai documenti richiesti con istanza del
26 maggio 2020 e successivamente con istanza – diffida del 16 luglio 2020.



Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di [redacted] p. [redacted];

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella Camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2021 il Consigliere Alfonso Graziano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in trattazione, depositato il 14 ottobre 2020, il Dott. [redacted];

- giornalista professionista che presta servizio come inviato presso la testata [redacted];

[redacted] - e l'organizzazione [redacted];

hanno chiesto l'accertamento del diritto del Dott. [redacted] di accedere a documenti relativi a un episodio occorso all'interno della redazione in data 10 ottobre 2019, nonché l'annullamento del diniego all'accesso a detti documenti comunicatogli dalla [redacted] con nota del 24 agosto 2020.

1.1.I ricorrenti espongono che in data 26 maggio 2020 il Dott. [redacted] trasmetteva alla [redacted] un'istanza avente per oggetto "Posizione del [redacted] dott. [redacted]";

"(doc. 1 produz. ricorrente) rappresentando all'Azienda che:

a) esisteva una registrazione audio contenente un suo "sfogo [...] nei confronti del capo redattore", scaturito dalla circostanza che quest'ultimo la mattina del 10 ottobre 2019 aveva mandato in onda come opinionista di [redacted] per il [redacted] delle 12.30, non il Dott. [redacted] secondo la griglia dei turni programmati, ma un altro giornalista;

b) il Dott. [redacted] era stato messo al corrente dell'esistenza di tale registrazione dal Direttore di [redacted], Dott. [redacted], che nel corso di un incontro riservato avvenuto in data 16 ottobre 2019, inizialmente lo invitava genericamente a moderarsi nell'esprimere i suoi pareri nei confronti dei colleghi e a non usare un linguaggio offensivo e, successivamente, a per via dell'insistenza del Dott. [redacted] onde capire a quale specifico episodio si riferisse tale invito, menzionava

specificamente lo sfogo del 10 ottobre. A fronte della risposta del Dott. _____, che negava di aver mai offeso il collega, il Direttore lo informava di essere venuto in possesso della registrazione dell'episodio avvenuto in redazione e ne avviava la riproduzione, facendola ascoltare al ricorrente, il quale faceva presente che quella registrazione rappresentava, a suo avviso, una grave violazione dei suoi diritti e domandava la consegna immediata di tale materiale;

c) lo stesso istante, a seguito del colloquio, scriveva una mail al Dott. _____, nella quale gli rappresentava di tenere a che il proprio "percorso aziendale prosegu[isse] senza alcuna macchia disciplinare" e, pertanto, gli chiedeva di "avviare tutte le opportune procedure aziendali per fare chiarezza, laddove necessarie anche disciplinari" ricevendo dal primo rassicurazioni che non era sua intenzione mettere a rischio la limpidezza del suo percorso professionale, ma, semplicemente, invitarlo a moderare le sue reazioni.

Nell'istanza alla _____ sopra riassunta, l'odierno ricorrente chiedeva, dunque, di conoscere:

- a) il nome della persona che, a sua insaputa e senza alcuna autorizzazione, aveva registrato, durante l'orario e nel luogo di lavoro, le parole pronunciate dal giornalista _____ ;
- b) quali iniziative e provvedimenti la Società intendeva adottare nei confronti di tale persona e, comunque, quali iniziative aveva assunto il datore di lavoro per poterla individuare (ricorda che la _____ ha avuto notizia dell'accaduto già il 21 ottobre 2019 e quindi ha avuto tutto il tempo per attivarsi);
- e) quali fossero le iniziative e i provvedimenti che la resistente _____ intende adottare nei confronti di chi, come il Direttore _____, ha utilizzato tale registrazione;
- d) quali fossero le iniziative e i provvedimenti che la medesima intende adottare nei confronti di chi ha diffuso (anche se persona diversa dall'autore) tale registrazione;
- e) quali iniziative e provvedimenti la _____ intende adottare per tutelare la sicurezza, la personalità e la professionalità del _____.

1.2. Con istanza-diffida del 16 luglio 2020 (doc. 2 ricorrente), avente ad oggetto “Posizione del dott. [redatto] Esercizio del diritto di accesso ai sensi dell’art. 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241”, il Dott. [redatto] riproponeva integralmente le richieste precedentemente avanzate nell’istanza del 26 maggio 2020, chiedendo, inoltre, di prendere visione e di estrarre copia dei seguenti atti:

- la registrazione effettuata il 10 ottobre 2019;
- la nota scritta che il direttore [redatto] ha inviato a alla [redatto] avente ad oggetto l’episodio denunciato;
- tutti i documenti, anche interni, redatti dalla [redatto], aventi ad oggetto l’episodio denunciato”.

1.3. Con nota RUO/D/13021/G in data 24 agosto 2020 (Doc. 2 produz. ricorr.) in riscontro dell’istanza del Dott. [redatto] la [redatto] negava l’accesso agli atti e ai documenti richiesti, rappresentando “in via preliminare ed assorbente [...] che la fattispecie esula dalle ipotesi in cui la giurisprudenza astrattamente ammette, per i dipendenti di un gestore di pubblico servizio, l’esercizio del diritto di accesso ai sensi della l. 241/1990 nell’ambito del rapporto di lavoro con essi intrattenuto”.

2. Avverso il diniego di accesso assunto con la citata nota insorgono il dott. [redatto] e l’Organizzazione sindacale [redatto] proponendo il ricorso in trattazione premettendo che la legittimazione e l’interesse a ricorrere di [redatto] sarebbero, “incontestabili [...] perché la motivazione del provvedimento impugnato, lede direttamente gli interessi dell’intera categoria dei [redatto], alla cui tutela [redatto] è preposta”.

Con unico motivo di diritto i ricorrenti rubricando violazione e/o falsa applicazione degli artt. 22 e 24 della legge n. 241/1990 e s.m.i.” (pp. 14 sgg.) avversano i motivi ostativi illustrati dalla [redatto] in sede di rigetto della domanda d’accesso, lamentando che:

- la documentazione richiesta non sarebbe sottratta al diritto di accesso da parte del

dipendente, in quanto “tale documentazione esula totalmente dalle tipologie sottratte all’accesso ex art. 24 della legge 241/1990”;

- il diniego opposto dalla _____ sarebbe altresì ingiustificato “proprio sulla base di quella consolidata giurisprudenza di codesto Giudice Amministrativo che invece, secondo la genericissima allegazione della _____, osterebbe all’accogliibilità dell’istanza”..

2.1 Si costituiva in giudizio la _____ con atto formale del 27 ottobre 2020 poi depositando memoria defensionale il 28 dicembre 2020, a cui il ricorrente dott. _____ replicava con memoria prodotta il 30 dicembre 2020.

2.2. Alla Camera di consiglio del 13 gennaio 2021, udita la discussione dei procuratori delle parti costituite, intervenuti in videoconferenza da remoto, la causa veniva trattenuta a sentenza.

3. Sintetizzando il contenuto dell’istanza di accesso all’esame del Collegio, può precisarsi che con essa il dott. _____ chiedeva che gli venisse dato accesso:

- al testo della registrazione audio (che gli è stata fatta meramente, senza preavviso e solo per una volta, ascoltare dal Dott. _____, suo Direttore di testata _____, nel corso dell’incontro del 16 ottobre 2019), con la quale è stata carpita da qualcuno, a sua insaputa e quindi ovviamente senza il suo consenso, e poi sempre abusivamente inoltrata al Dott. _____, una conversazione del 10 ottobre 2019 in cui lo stesso Dott. _____, nei locali della Redazione _____ in cui presta servizio, parlava del suo Capo Redattore Dott. _____, criticandone l’operato in relazione ad uno specifico episodio lavorativo;

- alla nota scritta che il Dott. _____, nella sua qualità di Direttore della testata _____ cui il Dott. _____ appartiene, ha redatto in relazione a tale registrazione audio ed inviato ai competenti Organi della _____;

- ad ogni altro eventuale documento, ad uso sia interno sia esterno, che la _____ abbia formato in relazione all’episodio in questione.

3.1. Conviene anticipare che trattasi di atti che si connotano per una indubbia inerenza e attinenza nonché per un immediato collegamento con profili

organizzativi della gestione del servizio pubblico televisivo, contrariamente a quanto la difesa della ha sostenuto nella memoria difensiva prodotta il 28 dicembre 2020 nonché nel corso della discussione di Camera di consiglio svoltasi in videoconferenza da remoto.

Il che ad avviso del Collegio impone l'accoglimento del ricorso anche a voler seguire la riduttiva e restrittiva opzione che la propugna in ordine all'interpretazione della condizione limitante l'assoggettamento dei soggetti privati alla disciplina dell'accesso per via dell'assimilazione dei medesimi alle pubbliche amministrazioni disegnata all'art. 22, co. 1 lett. e) della l. 7 agosto 1990, n. 241.

Alle argomentazioni che seguono è affidata la compiuta illustrazione delle ragioni di diritto, con richiamo alle notazioni di fatto appuntate sul contenuto dell'istanza per cui è causa, che inducono alla formulazione della tratteggiata conclusione.

4. Deve anzitutto essere chiarito che il diritto di accesso ai documenti e agli atti formati o stabilmente detenuti da una pubblica amministrazione o da un privato gestore di un pubblico servizio non può ritenersi a priori escluso o da escludere qualora l'ordinamento giuridico complessivamente considerato appresti, in altri settori, strumenti paralleli ed alternativi, retti da apposite regole, che prevedano il diritto per il privato di accedere agli atti che lo interessano, stabilendo all'uopo condizioni e presupposti, di talché possa fondatamente sostenersi che egli, ove l'accesso ad essi cada sotto la disciplina di quel determinato ordinamento, sia tenuto ad azionare il diritto d'accesso sulla base di tale specifica disciplina di settore e non possa, quindi, avvalersi del diritto d'accesso normato dagli artt. 22 e seguenti della l. n. 241/1990.

Qualora, infatti, un atto o documento la cui visione sia strumentale alla tutela di una posizione giuridicamente rilevante ai sensi della l. n. 241/1990, formi oggetto anche di disciplina – e tutela, nella ricorrenza delle relative condizioni – in altri rami del diritto, nei quali l'accesso è sottoposto a differente regolamentazione e a presupposti e condizioni differenti, l'amministrazione detentrica del medesimo atto

assoggettata all'accesso ex l. 241/1990, non può sottrarsi ai suoi obblighi di ostensione (ove predicabili a termini degli artt. 22, ss. l. cit.) sol perché l'atto stesso formi oggetto anche di tutela e disciplina in altri ambiti dell'ordinamento.

4.1. Ambedue i settori dell'ordinamento disciplinano, infatti, autonomamente il diritto di accesso sulla base di regole proprie che ammettono o escludono il diritto di accedere al medesimo documento, senza reciproche interferenze o ingerenze poiché quelle regole, interne a ciascuno dei due settori ordinamentali di disciplina del diritto di accesso, costituiscono due distinti ed indipendenti microcosmi.

La ragione che sottende la previsione, in ciascun settore, di distinte e parallele regolamentazioni dell'accesso allo stesso documento o atto, risiede nel fatto esso presenta diversi livelli di interesse per l'ordinamento giuridico, il quale proprio in ragione della contestuale rilevanza del documento nei due distinti settori, contempla e detta due autonome regolamentazioni delle condizioni, dei presupposti e delle esclusioni del diritto di accedere al medesimo atto, senza che, tuttavia, l'ordinamento avverta l'esigenza di consentire l'esercizio del diritto stesso in via alternativa, imponendo, cioè, al privato di avvalersi dell'uno o dell'altro canale ordinamentale per accedere al medesimo documento.

L'esistenza di due diversi settori di regolamentazione dell'accesso al medesimo documento è, infatti, indice della contemporanea rilevanza dello stesso documento (e degli interessi che l'esercizio di esso involge) per i due settori ordinamentali, non certo della vicendevole esclusione dei due livelli di tutela di modo che l'amministrazione possa negare il diritto di accesso ex art. 22, l. n. 241/1990 perché il documento è accessibile al privato interessato attraverso il parallelo canale disciplinato dall'altro settore regolatorio.

4.2. Il plesso normativo definito agli artt. 22 e seguenti della legge sul procedimento – e relativi regolamenti attuativi – si connota infatti per autosufficienza regolatoria: non può, invero, la p.a. opporre al privato, per l'accesso ad un atto da essa formato o detenuto, la concomitante previsione di un differente e parallelo corpus di disciplina, del diritto d'accesso allo stesso documento, dettato da

un altro settore ordinamentale.

L'amissione o l'esclusione del diritto di accedere a un documento vanno infatti rinvenute interamente nel corpus normativo del Capo V della l. 7 agosto 1990, n. 241, il quale come precisato, è caratterizzato da un principio che può essere definito di autosufficienza regolatoria, nel senso che la *regula iuris* in forza della quale consentire o escludere il diritto all'accesso va ricercata unicamente nelle disposizioni dettate dagli artt. 22 e ss. della legge; nei quali, invero non è menzionata, tra le ipotesi di esclusione del diritto di accesso contemplate all'art. 24 dedicato appunto alla "Esclusione del diritto di accesso" l'esistenza di una parallela previsione di altro ramo dell'ordinamento del diritto di accedere allo stesso documento.

4.2.1. Conseguentemente, con attinenza al caso all'esame del Collegio, non può l'amministrazione detentrica del documento oggetto della richiesta di accesso del privato, nella specie la , opporre che quel documento – nella specie la fonoregistrazione delle esternazioni del ricorrente nei confronti del capo redattore – è stato acquisito dall'autorità giudiziaria requirente o ad essa trasmesso, alla quale quindi l'istante debba rivolgersi assoggettandosi conseguentemente alla regolamentazione dettata dal Codice di procedura penale, che consente all'indagato di accedere agli atti del fascicolo del pubblico ministero solo dopo la chiusura delle indagini e il relativo avviso (art. 415bis c.p.) e alla persona offesa dal reato dopo la presentazione della richiesta di archiviazione e il relativo avviso (art. 408, co. 3, c.p.p.).

4.3. Non risulta infatti condivisibile, ad attento esame del disposto dei commi 6 e 7 dell'art. 24, l. n. 241/1990 l'orientamento non recente della giurisprudenza, secondo cui *"non sono ostensibili, ex artt. 114 e 329 c.p.p., gli atti afferenti ad informative penali inoltrate nei confronti degli istanti, ad eventuali indagini in corso, etc. in quanto relative ad un (eventuale) procedimento penale e rientranti perciò nella esclusiva disponibilità dell'organo requirente procedente (Cfr., da ultimo TAR*

Sicilia, Palermo, n. 60 del 18.1.2005)” (T.A.R. Lazio – Roma, Sez. II quater, 14/5/2007, n. 4346).

Invero, l’esclusione del diritto di accesso nelle ipotesi indicate dall’art. 24, comma 6 e disciplinate con l’apposito regolamento governativo da esso previsto, qualora i documenti costituiscano oggetto di indagine penale (ipotesi indicata alla lett. c) del comma 6 in esame) è già contemplata, a mente di tale comma, in ben definiti termini restrittivi, vale a dire *“quando i documenti riguardano...le azioni strettamente strumentali alla tutela dell’ordine pubblico, alla prevenzione e alla repressione della criminalità con particolare riferimento alle tecniche investigative (...), all’attività di polizia giudiziaria e di conduzione delle indagini”*.

Posta siffatta regola di esclusione, già enunciata in termini di stretta strumentalità all’identità delle fonti di informazione e all’attività di polizia giudiziaria e di conduzione delle indagini, il successivo comma 7 dell’art. 24 della L. n. 241/1990, contrappone comunque a tale già tassativa esclusione, una rilevante eccezione, prevedendola come operante in via generale ogni qualvolta la conoscenza dei documenti amministrativi sia necessaria per curare o difendere interessi giuridici dei richiedenti l’accesso.

Stabilisce, infatti, testualmente il comma 7 dell’art. 24 che *“Deve comunque essere garantito ai richiedenti l’accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici.”* (poi precisando che nel caso di documenti contenuti dati sensibili e giudiziari, l’accesso è limitato alla stretta indispensabilità e in caso di dati atti a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale è consentito nei termini di cui all’art. 60, d.lgs. n. 196/2003).

4.4. La delineata eccezione all’esclusione del diritto di accesso prevista nelle ipotesi indicate dall’art. 24, comma 6, è significativamente denominata in dottrina e in giurisprudenza *“accesso difensivo”* e deve ritenersi operante per tutti i casi in cui vige, in tali ipotesi, la parimenti generale regola dell’esclusione.

L’omnicomprensivo e indifferenziato tenore del comma 7 dell’art. 25, che infatti non limita l’applicazione della regola ostensiva da esso istituita, ad una specifica

lettera del comma 6, induce a ritenere che detta regola abbracci tutti i casi di esclusione indicati dal comma 6.

4.4.1. Giova evidenziare che la sussistenza e la anzidetta portata generale della garanzia dell'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere interessi giuridici dei richiedenti, è confermata dalla giurisprudenza, che facendo leva sull'espressa clausola di salvezza ovvero di prevalenza, comunque, dell'accesso documentale finalizzato a curare o difendere proprio interessi giuridici, ha deciso che il diritto di prendere visione di documenti al delineato fine, deve essere comunque garantito all'interessato anche nei casi di esclusione del diritto d'accesso previsti dal comma 6 (tra i quali la pendenza di procedimento penale ma comunque limitatamente alle "azioni strettamente strumentali alla repressione della criminalità con particolare riferimento alla identità delle fonti informative e all'attività di polizia giudiziaria e conduzione delle indagini; la vita privata e la riservatezza delle persone, etc.).

Il Giudice amministrativo condivisibilmente ha infatti, anche di recente, letto in tali sensi il rapporto tra il comma 6 sulle esclusioni del diritto di accesso e il comma 7 dell'art. 24, istituyente una regola di prevalenza del diritto all'ostensione dei documenti finalizzata alla tutela giurisdizionale pur nei casi di esclusione, chiarendo che "L'art. 24, comma 7, della l. n. 241 del 1990, nel prevedere, immediatamente dopo l'individuazione ad opera del comma 6 dei documenti sottratti all'accesso, che "deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici ", ha sancito la tendenziale prevalenza del c.d. 'accesso difensivo' anche sulle antagoniste ragioni di riservatezza o di segretezza tecnica o commerciale delle parti controinteressate, sicché il problema del bilanciamento delle contrapposte esigenze delle parti, diritto di accesso e di difesa, da un lato, e diritto di riservatezza dei terzi, dall'altro, deve essere risolto dando prevalenza al diritto di accesso qualora sia strumentale alla cura o alla difesa dei

propri interessi giuridici. L'ordinamento italiano non consente dubbi circa la prevalenza del diritto all'accesso agli atti per fini difensionali, rispetto alle eventuali contrapposte esigenze di riservatezza delle informazioni” (T.A.R. Veneto, Sez. III, 26/07/2019, n.894).

Sulla stessa linea esegetica si è evidenziato che “All'accesso defensionale ovvero all'accesso documentale propedeutico alla migliore tutela delle proprie ragioni in giudizio, è riconosciuta dall'ordinamento una tutela preminente atteso che, per espressa previsione normativa, l'interesse con esso perseguito prevale anche su eventuali interessi contrapposti (...)Il legislatore ha in tal senso operato, ab origine, una valutazione di prevalenza dell'interesse ostensivo, ove connesso alla necessità di curare ovvero difendere i propri interessi giuridici, rispetto agli interessi, pubblici e privati, eventualmente antagonisti così legittimando l'accesso in ragione della preminenza, in una scala gerarchica di valori, delle prospettate esigenze difensionali e ciò, indipendentemente dalla fondatezza, nel merito, delle proprie ragioni” (T.R.G.A. Trentino Alto Adige – Trento, 29/06/2020, n.95).

Opzione espressa anche da questo Tribunale secondo cui “Atteso che il diritto di difesa rientra tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in quanto intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia e inteso ad assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio, l'esercizio dell'accesso difensivo, se può tollerare l'esplicazione da parte dell'Amministrazione dell'autonomia decisionale che le compete nell'ambito della sua potestà discrezionale, non può conciliarsi con una negazione in via assoluta dell'ostensione della documentazione, laddove l'accesso si renda necessario per difendere interessi giuridici di chi ne abbia legittimamente titolo.” (T.A.R. Lazio – Roma, Sez. I, 4/2/2020, n. 1470).

4.4.2. In tali evenienze, precisa il Collegio che occorre comunque che l'accesso difensivo sia rigorosamente collegato a un interesse del richiedente non generico ma specifico all'ostensione del documento al fine di tutelare i suoi interessi giuridici in uno specifico giudizio, dovendo l'istante far emergere “la

corrispondenza e il collegamento tra la situazione che si assume protetta e il documento di cui si invoca la conoscenza”(cfr. la Sezione: T.A.R. Lazio – Roma, Sez. III, 7/01/2021, n.187).

4.5. In applicazione di questi principi la _____, pertanto, non può negare al ricorrente l’accesso al file audio contenente il suo “sfogo” verso il capo redattore, illecitamente registrato nella sala studio, adducendo che tale file è in possesso dell’autorità giudiziaria. Deve infatti indagarsi se quel documento che è comunque nella disponibilità della _____ essendone stata avviata la riproduzione dal direttore di testata al cospetto del dott. _____, è ostensibile o sottraibile all’accesso secondo le disposizioni di cui agli artt. 22, 23, 24, l. n. 241/1990. Ciò per la dirimente ragione, più sopra lumeggiata, che l’art. 24 della L. n. 241/1990 non contempla tra i casi di esclusione del diritto di accesso, la contemporanea detenzione del documento da parte di altra amministrazione o autorità dello Stato.

4.6. La riprova dell’esattezza dell’opzione ermeneutica ora esposta è data dalla coesistenza nel diritto amministrativo sostanziale e processuale, di due contestuali e distinte previsioni del diritto d’accesso, tra loro non escludentisi: il Capo V, artt. 22, ss. l. n. 241/1990 e l’art. 116, co. 2, c.p.a., norme che definiscono facoltà non affermabili in situazione di concorso alternativo ma cumulativo in guisa che l’una non elide o esclude l’altra, anche perché ciascuna è soggetta ai rispettivi presupposti stabiliti dal legislatore.

Il Tribunale richiesto di accesso in corso di causa ex art. 116 co.2, c.p.a. non può rigettare tale istanza sul rilievo che il ricorrente debba domandare l’accesso all’amministrazione che detiene il documento la cui esibizione sia strumentale ai fini del decidere la causa e solo in seconda battuta adire il giudice con il ricorso e il rito in materia di accesso ex art. 116. co.1. c.p.a., ma deve valutare l’istanza di cui all’art. 116 co. 2, c.p.a al lume delle necessità istruttorie di acquisizione dei relativi documenti in dipendenza dalle censure svolte.

Per converso, l’amministrazione destinataria di istanza di accesso ad un atto che

l'istante affermi essere strumentale alla tutela di un suo interesse giuridicamente rilevante, non può respingerla adducendo che il richiedente, ove si determini a tutelare giudizialmente la sua situazione soggettiva, può domandare al giudice l'acquisizione del documento stesso.

4.7. L'esistenza di una via processuale di soddisfazione del diritto di accesso non esime, dunque, l'amministrazione, dall'obbligo di vagliare l'istanza in base alle disposizioni di cui agli artt. 22 e ss. della l. n. 241/1990 e di accoglierla se essa è motivata a termini dell'art. 23 (o differirla se ciò sia sufficiente agli interessi dell'amministrazione in luogo del diniego) e non ricorre alcuna delle ipotesi di esclusione contemplate all'art. 24 (anche per rinvio ai casi previsti con regolamento governativo ex art. 17, co. 2 l. n. 400/1988 in riferimento alle ipotesi già delineate normativamente alle lettere a) – e) del comma 6 dell'art. 24.

Si è espressa del resto negli stessi sensi l'Adunanza Plenaria disegnando la cumulatività e correlativa non esclusione del diritto d'accesso ex art. 22 ss. L. n. 241/1990 in conseguenza dell'esercizio del potere istruttorio di acquisizione del giudice civile in materia di diritto di famiglia, statuendo infatti, che *“L'accesso difensivo ai documenti contenenti i dati reddituali, patrimoniali e finanziari, presenti nell'anagrafe tributaria, ivi compreso l'archivio dei rapporti finanziari, può essere esercitato indipendentemente dalla previsione e dall'esercizio dei poteri istruttori del giudice civile contemplati dagli art. 155 sexies disp. att. c.p.c. e 492 bis c.p.c. , nonché, più in generale, dalla previsione e dall'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio del giudice civile nei procedimenti in materia di diritto di famiglia.”* (Consiglio di Stato ad. plen., 25 settembre 2020, n. 21).

5. Sul piano soggettivo, relativo alla ricognizione delle situazioni giuridiche e dei fini a cui deve essere preordinata la domanda di accesso, la giurisprudenza, com'è noto, esalta la consistenza sostanziale autonoma del diritto d'accesso, disancorandola dal legame immediato con la tutela giurisdizionale della situazione giuridica e con la pienezza stessa della tutela.

Si è precisato al riguardo che “7.13. Questo Consiglio di Stato ha già chiarito,

infatti, che la disciplina dell'accesso agli atti amministrativi non condiziona l'esercizio del relativo diritto alla titolarità di una posizione giuridica tutelata in modo pieno, essendo sufficiente il collegamento con una situazione giuridicamente riconosciuta anche in misura attenuata.

7.14. La legittimazione all'accesso va quindi riconosciuta a chiunque possa dimostrare che gli atti procedurali oggetto dell'accesso abbiano spiegato o siano idonei a spiegare effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, indipendentemente dalla lesione di una posizione giuridica, stante l'autonomia del diritto di accesso, inteso come interesse ad un bene della vita, distinto rispetto alla situazione legittimante all'impugnativa dell'atto.” (Consiglio di Stato sez. III, 27/07/2020, n.4771; in tal senso anche T.A.R. Valle d'Aosta, 16/11/2020, n.58).

Anche la Sezione ha enunciato il medesimo principio puntualizzando che “La legittimazione all'accesso agli atti va riconosciuta a chi è in grado di dimostrare che gli atti oggetto dell'accesso hanno prodotto o possano produrre effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, a prescindere dalla lesione di una posizione giuridica” (T.A.R. Lazio - Roma, sez. III, 1/6/2020, n.5785).

5.1. In termini più generali, va ricordato che da tempo la giurisprudenza richiede ai fini della integrazione del presupposto legittimante l'esercizio del diritto di accesso, l'esistenza di un interesse giuridicamente rilevante del soggetto richiedente, non necessariamente consistente in un interesse legittimo o in un diritto soggettivo, purché comunque giuridicamente tutelato, nonché un rapporto di strumentalità tra tale interesse e la documentazione di cui si chiede l'ostensione. Nesso di strumentalità che deve, peraltro, essere inteso in senso ampio, posto che la documentazione richiesta deve essere, genericamente, mezzo utile per la difesa dell'interesse giuridicamente rilevante (T.A.R. Campania - Napoli, n. 456/2020; TAR Lombardia - Brescia, n. 55/2017; Consiglio di Stato, Sez. V, 10 gennaio 2007, n. 55).

Non si richiede, invece, la prova della lesione attuale di una situazione giuridica

soggettiva di diritto o interesse legittimo, né l'attualità di un giudizio (Consiglio di Stato, Sez. V, 5 agosto 2020, n. 4930; Cons. Stato Sez. VI, 28/01/2013, n. 511; in terminis anche la Sezione: T.A.R. Lazio - Roma, Sez. III, 22 luglio 2020, n. 8580, ID, 1/06/2020, n. 5785) stante l'autonoma consistenza del diritto di accesso rispetto alla situazione giuridica retrostante alla cui tutela è preordinato.

5.2..Da ciò discende che la non può opporre all'accoglimento della domanda d'accesso *de qua agitur*, l'attuale inesistenza di iniziative intraprese o atti pregiudizievoli assunti nei confronti del dott. , non occorrendo, come ampiamente testé illustrato, che l'istante dia prova della esistenza di una lesione attuale e quindi dell'imminenza di un giudizio che egli si appresti a promuovere per riparare tale lesione.

5.2.1.. Il bene della vita che innerva e sottende il diritto di accesso ai documenti amministrativi è, infatti, autonomo, ha spessore e consistenza sostanziale ed è sganciato dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva incisa.

5.3. Del pari incontestabili sono i requisiti di personalità e concretezza nonché di attualità, dell'interesse fatto valere dal dott. ; caratteri che affiorano da tutto l'insieme delle doglianze che fondano la sua richiesta di accesso, le quali si prospettano concretamente imperniate sulla sua postergazione rispetto al collega divenuto affidatario della conduzione del programma sportivo in questione. L'istante inoltre evidenziava nella domanda che quella registrazione rappresentava una grave violazione dei suoi diritti e domandava la consegna immediata di tale materiale.

Il che sostanzia un indubbio carattere di concretezza ed attualità oltre che personalità dell'interesse sostanziale posto a base della denegata istanza.

Inoltre, nella email inviata al dot il deducente rappresentava di tenere a che il suo "percorso aziendale prosegu[isse] senza alcuna macchia disciplinare" e, pertanto, gli chiedeva di "avviare tutte le opportune procedure aziendali per fare chiarezza, laddove necessarie anche disciplinari".

6. Ancora sul versante soggettivo, conviene brevemente riepilogare che ai fini

dell'accesso ai documenti amministrativi, l'art. 22, comma 1, lett. b) della legge n. 241 del 1990, come modificata dalla legge n. 15 del 2005, richiede la titolarità di "un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso".

7. Sul piano oggettivo, concernente gli atti accessibili, l'art. 22, co. 3 stabilisce che "tutti i documenti amministrativi sono accessibili ad eccezione di quelli indicati all'art. 24 c. 1, 2, 3, 5 e 6"; l'art. 24, al comma 7 più sopra esaminato trattando del c.d accesso difensivo, precisa che "deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici".

7.1. Con riguardo agli atti formati o stabilmente detenuti da un soggetto dalla veste formale privatistica ma gestore, quale la resistente , di un pubblico servizio, la giurisprudenza assoggetta all'accesso gli atti inerenti la gestione del rapporto di lavoro privatistico intercorrente con tali enti, affermando – contrariamente a quanto si sostiene nell'impugnato provvedimento di diniego della ¹ del 24 agosto 2020 RUO/D 13021/G - che "l'attività amministrativa, alla quale gli artt. 22 e 23 della legge n. 241 del 1990 correlano il diritto d'accesso, ricomprende, non solo, quella di diritto amministrativo, ma anche quella di diritto privato, posta in essere dai soggetti gestori di pubblici servizi che, pur non costituendo direttamente gestione del servizio stesso, sia collegata a quest'ultima da un nesso di strumentalità derivante, anche sul versante soggettivo, dalla intensa conformazione pubblicistica" (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 22/07/2015, n.1775 con richiamo a T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 7 settembre 2012, n. 2251).

Aveva enunciato questo principio già il Giudice d'appello, secondo cui gli atti di gestione del rapporto di lavoro privatizzato, che hanno natura giuridica privata, ma che sono funzionali all'interesse pubblico curato dal datore di lavoro, rientrano nel novero degli atti accessibili da parte dei soggetti interessati, ovvero dei lavoratori dipendenti dalle Poste (Consiglio di Stato, VI, 12 marzo 2012, n. 1403). Si era già

espressa in tal senso la giurisprudenza di primo grado secondo cui “anche documenti giuridicamente di natura privatistica, come debbono ritenersi tutti quelli attinenti al rapporto di impiego pubblico c.d. privatizzato presso pubbliche amministrazioni, sono accessibili attesa la loro intima connessione e funzionalizzazione all'esercizio di funzioni pubbliche” (T.A.R. Toscana, Sez. II, 18 novembre 2005, n. 6458)

Segnala il Collegio che la Sezione si è posta sulla stessa linea ermeneutica, avendo statuito, in materia di atti assunti da _____, nell'ambito dell'attività di diritto privato, che “L'art. 22 lett. d) , l. n. 241 del 1990 prevede che il documento di cui si chiede l'ostensione concerne attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale e, coerentemente, l'art. 22, lett. e) , prevede che anche i soggetti di diritto privato rientrano tra i soggetti obbligati all'ostensione, peraltro, limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario. Pertanto, nella nozione di attività amministrativa, cui gli artt. 22 e 23, l. n. 241 del 1990 correlano il diritto di accesso, deve comprendersi non solo quella di diritto amministrativo in senso stretto, ma anche quella di diritto privato posta in essere dai soggetti gestori di pubblici servizi.” (T.A.R. Lazio - Roma, Sez. III, 1/02/2013, n. 1153).

Non rinvia il Collegio ragioni per discostarsi da questo precedente, che è in linea con l'orientamento dominante della giurisprudenza amministrativa.

_____ condivide, infatti, con _____ la veste formale privatistica e l'attività di erogazione e gestione di un servizio pubblico; non v'è quindi ragione per non ritenerla soggetta al diritto di accesso anche relativamente agli atti di gestione del rapporto di lavoro dei suoi dipendenti, qual è, nella fattispecie che occupa il dott. _____ dipendente della _____.

8. Quanto ai presupposti e alla latitudine delle posizioni soggettive ammesse a tutela, cui è finalizzata la domanda di accesso costituendone il profilo motivazionale, il Consiglio di Stato ha condivisibilmente disegnato la consistenza

delle posizioni stesse nonché i fini che sottendono il diritto di accesso: “La Pubblica amministrazione deve consentire all'istante l'accesso al documento amministrativo se questo contiene notizie e dati che, secondo quanto esposto dall'istante nonché alla luce di un esame oggettivo, attengono alla situazione giuridica tutelata (ad esempio, la fondano, la integrano, la rafforzano o semplicemente la citano) o con essa interferiscono in quanto la ledono, ne diminuiscono gli effetti, o ancora documentano parametri, criteri e giudizi, rilevanti al fine di individuare il metro di valutazione utilizzato; di conseguenza, una volta accertato il collegamento, ogni altra indagine sull'utilità ed efficacia in chiave difensiva del documento, od ancora, sull'ammissibilità o tempestività della domanda di tutela prospettata, è sicuramente ultronea, così come è ultronea l'indagine sulla natura degli strumenti di tutela disponibili, poiché essi possono essere giurisdizionali, ma anche amministrativi, e finanche di natura non rimediale (come potrebbe essere semplicemente la costruttiva partecipazione ad un procedimento amministrativo, ad ex art. 10 bis, l. 7 agosto 1990, n. 241) o sollecitatoria (ad es. la richiesta di annullamento in autotutela di un provvedimento amministrativo)” (Consiglio di Stato sez. IV, 13/03/2014, n.1211).

8.1. Non può pertanto può essere seguita la linea difensiva svolta sul punto dalla e ribadita anche nel corso della discussione di Camera di consiglio svolta in videoconferenza da remoto, affidata all'argomento secondo cui i soggetti di diritto privato concessionari di servizio pubblico sono sottoposti agli obblighi di accesso solo ove emerga e si appalesi un legame di strumentalità tra l'oggetto della richiesta di accesso e il pubblico servizio, nella specie, radiotelevisivo.

L'assunto difensivo svolto dalla difesa della nella memoria prodotta per la Camera di consiglio, fa perno sulla locuzione normativa circoscrivente l'equiparazione di tali società formalmente private alla pubblica amministrazione in senso stretto, “limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario” (art. 22, co. 1, lett. e) l. n. 241/1990).

La invoca a supporto la giurisprudenza di questo T.A.R. secondo cui i gestori di pubblici servizi sono soggetti alla disciplina in materia di accesso agli atti solo per i profili che presentino un “nesso di strumentalità derivante dalla intensa conformazione pubblicistica” (in particolare, secondo TAR Lazio, Roma, Sez. III, 30 ottobre 2019, n. 12486).

9. La riassunta prospettazione difensiva non può essere dal Collegio condivisa.

In primis poiché la sentenza della Sezione n. 12846/2019 invocata dalla non è dirimente, atteso che il “nesso di strumentalità derivante dalla intensa conformazione pubblicistica” ivi indicato, ad avviso del Collegio è nella specie ravvisabile, come si argomenterà in appresso.

In secundis, poiché la Sezione più di recente ha assoggettato la gestione e l'organizzazione, del rapporto di lavoro dei della alla disciplina del diritto d'accesso ex art. 22, ss. L. n. 241/1990 enunciando, con richiamo già a precedenti del 2018 e 2019, posizioni di principio (T.A.R. Lazio – Roma, Sez. III, 16 novembre 2020, n.12977) di seguito illustrate, che vanno qui ribadite e collimano con quanto si viene ad argomentare.

9.1. In terzo luogo – ma non per ordine decrescente di rilievo giuridico - segnala il Collegio che le più recenti decisioni di secondo grado rese sulla specifico tematica dell'assoggettamento dei soggetti di diritto privato - nella specie gestori di pubblici servizi - alle norme sulla trasparenza e gli obblighi di ostensione – non richiedono più ai fini de quibus l'emersione dell'addotto nesso di strumentalità dell'atto o documento colpito dall'istanza di accesso rispetto alla gestione o erogazione del pubblico servizio, condivisibilmente degradando, in una avvertita e plausibile ottica di trasparenza, siffatto nesso di strumentalità ad un più costituzionalmente orientato nesso di “attinenza o comunque di collegamento” tra l'atto oggetto di istanza di accesso e l'attività di pubblico interesse. *Tantum sufficit* a predicare l'assimilazione del soggetto di diritto privato alla pubblica amministrazione, ergo l'assoggettamento alla disciplina di cui al Capo V, sull'accesso ai documenti amministrativi dettata agli artt. 22 e ss. della legge sul procedimento.

Invero, il Consiglio di Stato, in una fattispecie in cui si controverteva sull'ostensibilità di documenti di natura contabile formati da una società costituita ai sensi del d.lgs. n. 190 del 2002, operante su mandato di [redacted] e deputata allo svolgimento della funzione di soggetto attuatore unico per la realizzazione del progetto infrastrutturale "Quadrilatero" assumendo i compiti di stazione appaltante ai sensi delle disposizioni europee e nazionali sui contratti pubblici, ha di recente puntualizzato come "Vale rammentare, in termini generali, che il diritto di accesso riguarda non solo i soggetti di diritto pubblico, ma anche quelli di diritto privato, in relazione alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario (cfr. art. 22, comma 1 lettera e) l. n. 241 del 1990, in correlazione all'art. 1, comma ter): esso include, inoltre, non solo l'attività propriamente amministrativa posta in essere dalle pubbliche amministrazioni, ma anche gli atti di diritto privato posti in essere da soggetti diversi dagli enti pubblici, attinenti o comunque collegati alla attività di pubblico interesse svolta (art. 22, comma 1 lettera d) l. n. 241 del 1990 e cfr. *ex multis*, Cons. Stato, IV, 20 ottobre 2016, n. 4372)" (Consiglio di Stato, Sez. V, 5 agosto 2020, n. 4930, p. 2).

9.2. Delineato dunque in termini di attinenza o comunque di collegamento, il nesso tra gli atti di diritto privato con l'attività di pubblico servizio, il Consiglio, confermando la sentenza di questo Tribunale, (T.A.R. Lazio - Roma, Sez. I, n. 5365 del 2019) ha precisato che "Quadrilatero svolge dunque (peraltro esclusivamente) attività che è incontestabilmente "attività di interesse pubblico", disciplinata dal diritto nazionale o comunitario" e che l'istanza di accesso concerneva documenti "comunque attinenti" all'attività di pubblico interesse svolta dalla predetta società, sebbene trattavasi di atti di diritto privato: "Ciò posto, l'istanza di accesso avanzata dal [redacted] appellato ha ad oggetto documenti che sono stati "formati" o sono "detenuti stabilmente" dalla stessa Quadrilatero nella sua qualità di soggetto aggiudicatore ai sensi dell'art. 176 del d.lgs. n. 163 del 2006 e che, con evidenza, attengono alla ridetta attività di interesse pubblico: di tal che la circostanza che si

tratti di documenti di natura strettamente privatistica (contratti, fatture, atti contabili et similia), non ne impedisce l'ostensibilità”(Consiglio di Stato, Sez. V, 5 agosto 2020, n. 4930, p. 2).

La sentenza d'appello in disamina richiama del resto il precedente di cui a Cons. di Stato, Sez. IV, 20 ottobre 2016, n. 4372 che già aveva qualificato il delineato nesso tra documenti e attività di pubblico interesse, in termini di “atti concernenti attività di pubblico interesse”, esprimendosi in sensi ancor più marcati all'insegna della più ampia ostensione documentale.

Il Consiglio ebbe infatti a sancire l'obbligo di consentire l'accesso da parte di una società di gestione di uno scalo aeroportuale, affermando:“2.3.1.Va del pari disattesa ogni considerazione incentrata sulla legittimazione passiva della società gestore dello scalo aeroportuale” stante “il sicuro rilievo pubblicistico dell'attività dalla stessa espletata (si veda Consiglio di Stato sez. IV 09 febbraio 2015 n. 661) la "neutralità" della forma rivestita dall'ente che tali funzioni esercita, unitamente alla considerazione per cui (Consiglio di Stato, sez. III, 31/03/2016, n. 1261) ai sensi dell'art. 22 comma 1, l. 7 agosto 1990, n. 241 atti amministrativi soggetti all'accesso sono anche gli atti interni concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale, allo scopo di assicurare l'imparzialità e la trasparenza dell'azione amministrativa”.

9.3. Inoltre, con specifico riguardo al tema dell'ostensione di atti relativi al rapporto di lavoro, merita di essere evidenziato che questo T.A.R. riconosce il diritto d'accesso anche agli atti di gestione del rapporto di lavoro privatistico di dipendenti di soggetti privati gestori di un pubblico servizio, ritenendo tale rapporto di rilevanza pubblicistica, e la sua gestione strumentale al servizio pubblico.

Si è infatti di recente condivisibilmente sancito che “L'attività di gestione relativa alla gestione del rapporto di lavoro con i propri dipendenti, deve ritenersi strumentale al servizio pubblico gestito” e che “Inoltre, il rapporto di impiego che lega l'interessata al suddetto gestore di pubblico servizio può ritenersi di rilevanza

pubblicistica, che attrae alla disciplina del diritto di accesso qualunque documento, anche di natura privatistica, che sia funzionalizzato all'esercizio di poteri lato sensu amministrativi.” (T.A.R. Lazio – Roma, Sez. I, 24 luglio 2020, n. 4212; in termini anche T.A.R. Lazio – Roma, Sez. III ter, 23 ottobre 2019 n. 12172).

Orientamento già espresso dalla giurisprudenza, efficacemente precisandosi che “è pertanto soggetta alla disciplina in tema di accesso anche l'attività di organizzazione delle forze lavorative, in quanto attività strumentale alla gestione del servizio pubblico affidato al gestore, a nulla rilevando la natura privatistica degli atti di gestione del rapporto di impiego, dovendosi dunque convenire che anche gli atti incidenti sulle posizioni del personale devono essere sottoposte all'esercizio del diritto di accesso siccome potenzialmente incidenti sulla qualità del servizio stesso.” (T.A.R. Emilia Romagna – Bologna, Sez. I, 30/07/2014, n. 806; sulla stessa linea, T.A.R. Calabria - Catanzaro, Sez. II, 07/02/2011, n.163 che ha riconosciuto il diritto d'accesso anche a dipendenti di un gestore di pubblico servizio - . - cessati dal servizio)

10. Dai ricostruiti condivisi approdi giurisprudenziali consegue che non appare risolutivo acclarare se il file contenente la registrazione dello “sfogo” del ricorrente ed entrato nella disponibilità del direttore (nonché gli altri documenti oggetto della domanda di accesso) si caratterizzi per profili di inerenza e strumentalità con il pubblico servizio radiotelevisivo erogato e gestito dalla resistente . atteso che i fattori rilevanti, determinanti l'obbligo di ostensione, sono da un lato la circostanza che i documenti siano “*attinenti o comunque collegati alla attività di pubblico interesse svolta*” dal soggetto formalmente privato ma gestore di un servizio pubblico

Dall'altro la considerazione che il rapporto di lavoro del dipendente del gestore di un servizio pubblico ha rilevanza pubblicistica, e la sua gestione è strumentale al servizio pubblico.

10.1. Né, sottolinea il Collegio, potrebbe obiettarsi che debba trattarsi di documenti

realizzati dal gestore del pubblico servizio, nel caso di specie, dalla resistente (il file audio per cui si controverte, in effetti non è stato realizzato dalla nello svolgimento della sua attività istituzionale, ma probabilmente creato da un dipendente che ha agito *motu proprio*; eppure acquisito, detenuto e utilizzato dal Direttore di) bastando all'uopo, che il gestore stesso li detenga.

Anche sul punto la decisione d'appello sopra richiamata si pronuncia, precisando che *“il diritto di accesso ai documenti amministrativi è, infatti, riconosciuto nei confronti dei soggetti che abbiano la materiale e stabile disponibilità dei documenti (cfr. art. 22, comma 1 lettera d) l. n. 241 del 1990), indipendentemente dalla circostanza che abbiano o meno concorso a formarli.”* (Cons. di St., V, n. 4930/2020 cit. p. 2 *ad finem*).

10.2. Orbene, la disponibilità dell'audio per cui è causa, è provata dal fatto che, come riferisce il ricorrente nella sua istanza diffida del 16 luglio 2020 (doc. 2 produz. ricorr.) stante la sua negazione di aver mai offeso il collega, il Direttore di lo informava di essere venuto in possesso della registrazione dell'episodio avvenuto in redazione e ne avviava la riproduzione, facendogliela ascoltare.

Afferma infatti il ricorrente nella istanza diffida, senza essere sul punto contraddetto dalla nell'impugnato provvedimento del 24 agosto 2020: *“Il Direttore, allora, prende il suo telefono cellulare e avvia la riproduzione di una registrazione effettuata da qualcuno la mattina del 10 ottobre in redazione, all'insaputa del dott. nella quale si sente uno sfogo del medesimo nei confronti del capo redattore”* perseguendo altresì nel riferire che: *“In ogni caso, fa presente che chiunque abbia effettuato (e consegnato a terzi) quella registrazione ha messo in atto una condotta illegittima con una grave violazione dei suoi diritti”* e che: *“Il Direttore risponde (testualmente) che "ormai siamo praticamente nel 2020 e che c'è la tecnologia".* Il dott. replica che questo non fa venire meno la normativa in vigore e che lui non avrebbe dovuto acquisire e utilizzare la registrazione e che, anzi, avrebbe dovuto denunciare la condotta illegittima del

collega.” (Istanza – diffida di accesso del 16 luglio 2020, cit. pag. 2).

Quanto testé riportato e, si ribadisca, non smentito e/o contrastato dal provvedimento di diniego ovvero da altro atto del procedimento amministrativo (a nulla valendo l'allusione di cui alla memoria difensiva della [redacted] del prodotta il 28.12.2020 circa il non possesso del file *de quo*) dimostra che la [redacted] deteneva la registrazione per cui è causa ed è pertanto assoggettata *all'actio ad exhibendum*, essendo soggetto passivo di essa in quanto detentrica del documento richiesto dal ricorrente.

10.3. Né, per converso, potrebbe sostenersi che il Direttore, nell' acquisizione da terzi, nella detenzione e successiva riproduzione al cospetto del dott. [redacted], del file audio in controversia, abbia agito a titolo personale, stanti le evidenti circostanze di luogo e fatto nelle quali la vicenda si è svolta, nonché la inerenza dei documenti ed in particolare del file audio in questione, ad un contesto diacronico di organizzazione del pubblico servizio.

11. Invero, ritiene il Collegio di poter individuare comunque la cennata inerenza e strumentalità, infondatamente escluse dalla difesa della [redacted], che è dato intessere tra il documento fonografico oggetto dell'istanza diffida per cui è causa e il pubblico servizio [redacted], sol che si rifletta sulla qualità del ricorrente e sull'iscrizione della vicenda nell'alveo della scansione di innegabili momenti di organizzazione del pubblico servizio di trasmissione di servizi televisivi di comunicazione sportiva, come a breve si spiegherà.

12. Corroborata siffatta convinzione altresì la doverosa considerazione della particolare natura giuridica e collocazione istituzionale della [redacted] quale soggetto solo formalmente privato ma a totale capitale pubblico statale, tributario di un prelievo di natura fiscale (come riconosciuto dalla giurisprudenza tributaria) imposto ai cittadini e fino a qualche anno addietro riscosso con le forme dell'imposizione e riscossione coattiva delle entrate erariali ed oggi con apposita voce tariffaria nelle fatture emesse dalle società di erogazione del servizio elettrico.

12.1. La _____ è, inoltre, società concessionaria tuttora individuabile come _____, ipostasi del servizio pubblico _____ per antonomasia, espressione e garanzia di elevati standard qualitativi del servizio erogato nonché di significativi connotati di funzionalizzazione della complessiva sua attività a scopi ed obiettivi di pubblico interesse.

In tale sua irrefutabile veste ed immagine, la _____ non può esser ritenuta sottratta ad obblighi e doveri di trasparenza nei confronti soprattutto del suo personale dipendente (oltre che dei cittadini, quantunque nei limiti e alle condizioni cui è astretto l'accesso civico disciplinato dal d.lgs. n. 33/2013).

12.2. Ritiene in proposito il Collegio di dover richiamare l'attenzione sulla norma – proclama, che il legislatore ha innestato nel tronco dell'art. 22 della legge sul procedimento mediante l'art 10 della l. n. 69/2009 stabilendo che *“L'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa, al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza”* (art. 22, co. 2, così sostituito all'art. 10 della l. 8 giugno 2009 n, 69).

Valorizzando tale norma di principio la giurisprudenza d'appello ha di recente condivisibilmente affermato che *“L' art. 22 comma 2, l. n. 241 del 1990 secondo cui l'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza, sancisce al comma III il principio della massima ostensione dei documenti amministrativi, salve le limitazioni giustificate dalla necessità di contemperare il suddetto interesse con altri interessi meritevoli di tutela”* (Consiglio di Stato, sez. IV , 15/05/2020, n. 3101).

13. Attenta e doverosa considerazione va rivolta inoltre al particolare oggetto della istanza di accesso denegata dalla _____, costituito da una registrazione effettuata all'insaputa del ricorrente, di una sua conversazione intrattenuta con un collega: trattasi all'evidenza di un'operazione connotata da immanenti profili di

antigiuridicità.

Il ricorrente assume comprensibilmente di essere stato pregiudicato nell'assegnazione della conduzione della trasmissione o del servizio sportivo in onda sul canale _____ ad altro collega concorrente in conseguenza dell'impatto e della negativa valutazione del suo "sfogo" avvenuto nel corso della conversazione abusivamente registrata da terzi, registrazione poi entrata nella disponibilità del Direttore di _____ che ha convocato il dott. _____ richiamandolo all'osservanza di un contegno espressivo più asettico e meno schietto.

13.1. In disparte l'illiceità della registrazione di tale colloquio, sullo sfondo della vicenda sostanziale campeggia la verosimile incidenza di quella registrazione sulla successiva assegnazione del servizio sportivo ambito dal ricorrente, ad altro giornalista.

Lamenta infatti il ricorrente nella sua istanza di accesso (doc.1 produz. ricorr.) che il suo caporedattore la mattina del 10 ottobre 2019 aveva mandato in onda come opinionista di _____ per il _____ delle 12.30, non il Dott. _____, secondo la griglia dei turni programmati, ma un altro giornalista: l'inerenza ai profili gestori concreti del pubblico servizio è disvelata, dunque, quanto meno, dalla circostanza che la griglia dei turni programmati per lo svolgimento dei servizi televisivi non era stata rispettata.

Se quella conversazione non fosse stata fono registrata e poi fatta pervenire al Direttore di _____, presumibilmente quest'ultimo non avrebbe convocato il dott. _____ e partecipatogli il suo disappunto e il richiamo ad un contegno più moderato.

E, probabilmente, il ricorrente non avrebbe subito il nocumento di cui si duole, ovvero sia l'affidamento del servizio sportivo ad altro giornalista.

13.2. E' dunque di una certa evidenza la circostanza che la conversazione in questione si è riverberata sul livello più prettamente organizzativo afferente

all'affidamento della conduzione del servizio televisivo in parola ad altro giornalista.

Nel che va individuata l'inerenza del documento *de quo agitur* all'organizzazione del servizio pubblico televisivo concretamente riferita alla conduzione di quello specifico programma o servizio sportivo su .

Per altro verso, va osservato che del diniego dell'ostensione della abusiva intercettazione in controversia si gioverebbe il controinteressato sostanziale della vicenda, ossia il giornalista preferito al ricorrente nell'affidamento della conduzione del servizio sportivo in questione.

13.3. V'è da chiedersi se il quadro ordinamentale costituito, a livello di fonte primaria, quanto meno dall'art. 22 comma 2 della l. n. 241/1990 sopra riportato, a mente del quale "*L'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa, al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza*", consente che la , di cui poc'anzi si sono sommariamente evidenziate le note di pubblicità e funzionalizzazione, seguiti a celare un documento di tale importanza, negandone l'ostensione al ricorrente che ne ha diritto e che è stato qualche tempo fa soggetto passivo di un'illecita attività di fonoregistrazione verosimilmente integranti ipotesi di reato.

E da ritenere che la , proprio in quanto depositaria di valori e principi di trasparenza per diretto effetto del disposto appena riprodotto dell'art. 22, co. 2 della l. n. 241/1990, non possa essere giudicata immune ai doveri di ostensione.

Oltretutto, non si intende la ragione e il superiore e prevalente contrario interesse pubblico a che la non conceda accesso alla documentazione tutta oggetto della denegata istanza con particolare riguardo alla registrazione fonografica in questione, tanto più ove si tenga nel debito conto che la stessa è prodotta di un'attività non iure, verosimilmente integrante ipotesi di reato.

14. Conclusivamente, come avvertito al superiore par. 9, giova rammentare che di recente la Sezione si è pronunciata favorevolmente su una *actio ad exhibendum ex*

artt. 22 e ss. della L. 7 agosto 1990, n. 241 proposta da una giornalista dipendente della _____, enunciando considerazioni di principio e pervenendo a conclusioni congruenti con quelle fin qui svolte e che, dunque, meritano di essere segnalate (T.A.R. Lazio – Roma, Sez. III, 16 novembre 2020 n. 11977).

La fattispecie, in sintesi, concerne una istanza nella quale la ricorrente aveva esposto alcune vicende legate allo svolgimento del suo rapporto di lavoro, nelle quali si sarebbe prodotta una lesione dei suoi diritti, comprese alcune progressioni di carriera e nomine che hanno interessato taluni giornalisti dipendenti della _____ specificamente individuati. Erano oggetto di richiesta di accesso, in particolare, i curricula e i criteri obiettivi di valutazione, preventivamente comunicati al CDR, che avevano consentito la valutazione dei candidati e la conclusione del relativo procedimento di scelta dei colleghi da promuovere o a cui conferire incarichi anche *ad personam*.

Trattasi, all'evidenza, di una fattispecie concernente proprio la gestione e il dipanarsi del rapporto di lavoro dei giornalisti dipendenti della _____, sia per i profili progressivi e selettivi che per quelli più generali di carattere organizzativo.

14.1. La Sezione ha accolto il ricorso richiamando un costante orientamento, risalente alle sentenze n. 1354/2018 e n. 934/2019, consonante con le argomentazioni più sopra esposte e che riconduce la gestione e l'organizzazione del rapporto di lavoro dei dipendenti della _____, quantunque privatistico, agli obblighi di accesso ed ostensione dei documenti ed atti amministrativi da intendersi nell'ampia accezione di cui all'art. 22, comma 1, lett. d) della l. n. 241/1990.

Con la richiamata Sentenza n. 11977/2020, p. 10, si è rammentato, infatti, che “Questa Sezione ha già avuto modo di osservare, nelle sentenze n. 9347/2019 e n. 1354\2018, che la _____ è assoggettata al diritto di accesso di cui agli artt. 22 e ss. della Legge n. 241 del 1990 in forza del riferimento della norma anche ai “gestori di pubblici servizi”, in quanto essa, “... pur nella sua veste formalmente privatistica di S.p.a. e pur agendo mediante atti di diritto privato, conserva certamente

significativi elementi di natura pubblicistica, ravvisabili in particolare: a) nella prevista nomina di numerosi componenti del C.d.A. non già da parte del socio pubblico, ma da un organo ad essa esterno quale la Commissione parlamentare di vigilanza; b) nell'indisponibilità dello scopo da perseguire (il servizio pubblico radiotelevisivo), prefissato a livello normativo; c) nella destinazione di un canone, avente natura di imposta, alla copertura dei costi del servizio da essa gestito. L'azienda è inoltre di proprietà pubblica ed è la concessionaria in esclusiva del servizio pubblico radiotelevisivo, sicché non è revocabile in dubbio la sua riconducibilità di pieno diritto all'ambito di applicazione della normativa sul diritto di accesso, entro i confini delimitati dall'art. 23 della Legge n. 241 del 1990 che, non a caso, menziona tra i soggetti passivi del diritto di accesso, accanto alle pubbliche amministrazioni e agli enti pubblici, anche i "gestori di pubblici servizi", nel cui novero va certamente collocata la"

14.2. Ora, non sfugge al Collegio che con la sentenza in esame si è precisato che le precedenti nn.1354/2018 e 9347/2019 concernevano giornalisti che "rivestivano una posizione certamente qualificata ad ottenere l'accesso agli atti della procedura selettiva per l'assunzione di cento giornalisti professionisti indetta nel 2014 in forza dell'art. 1 comma 1096 della legge n. 205 del 2017, norma che aveva avuto l'effetto di conformare a determinate regole l'azione della concessionaria del servizio pubblico in sede di assunzione di giornalisti professionisti, che nella presente e diversa fattispecie – in cui una giornalista già dipendente di chiede accesso ad atti relativi alle promozioni di colleghi - non è applicabile". Tuttavia la Sezione in quell'occasione ha puntualizzato che "Ciò che tuttavia più rileva nel diverso caso in esame è l'affermazione di principio espressa dal TAR in quei precedenti." (T.A.R. Lazio – Roma, Sez. III, 16 novembre 2020, n. 11977, p. 12).

Sono dunque le affermazioni di principio enunciate con i richiamati precedenti del 2018 e 2019 e riprodotti nel passo sopra riportato della Sentenza n. 1977/2020, che il Collegio, condividendole, in questa sede ritiene di dover valorizzare e ribadire.

15. In definitiva, assorbita ogni altra doglianza, il motivo finora scrutinato si

prospetta fondato e va accolto, dovendosi annullare l'impugnato provvedimento di diniego di accesso del 24 agosto 2020 e per l'effetto ordinare alla [] di consegnare al Dott. [] copia dei documenti tutti - compreso il file audio contenente la registrazione per cui è causa - oggetto dell'istanza di accesso presentata dal ricorrente il 28 maggio 2020 e riproposta con diffida del 16 luglio 2020, entro 30 (trenta) giorni dalla notifica ovvero dalla comunicazione, ove anteriore, della presente sentenza.

15.1. Il favorevole scrutinio del merito del ricorso come proposto dal coricorrente dott. [] assorbe ogni questione sollevata in ordine alla presunta inammissibilità del gravame siccome proposto dall'organizzazione sindacale dei []

[] questione che diviene pertanto ininfluyente, essendo l'iniziativa contenziosa autonomamente ed adeguatamente sostenuta in quanto proposta in proprio dal dott. []

Ove fosse utilizzabile e trasponibile alle eccezioni processuali in senso stretto il costruito sui vizi delle censure sostanziali, potrebbe infatti affermarsi che l'eccezione è inammissibile per carenza di interesse.

Le spese debbono accedere come d'ordinario al canone di riparto fondato sulla soccombenza e vanno riconosciute al ricorrente dott. [] nella misura liquidata in dispositivo.

La presente sentenza è pubblicata in ritardo per recidivato impedimento di salute dell'estensore idoneamente documentato all'Organo di autogoverno della Giustizia amministrativa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo Accoglie e per effetto Annulla il provvedimento prot. RUO/D/13021/G in data 24 agosto 2020 e ordina a [] di esibire al ricorrente tutti i documenti indicati nell'istanza di accesso del 26 maggio 2020 e nell'istanza - diffida del 16 luglio 2020,

consentendo di estrarre copia, entro 30 (trenta) giorni dalla notifica ovvero dalla comunicazione, ove anteriore, della presente sentenza.

Condanna pagare al ricorrente dott. le spese di lite che liquida in € 2.000,00 (duemila) oltre accessori di legge e rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2021 in videoconferenza da remoto ex art. 25, d.l. n. 137/2020, conv. con L.. n. 176/2020, con l'intervento dei Magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Alfonso Graziano, Consigliere, Estensore

Chiara Cavallari, Referendario

L'ESTENSORE
Alfonso Graziano

IL PRESIDENTE
Giuseppe Daniele

IL SEGRETARIO

BANDO N. 367.376 DIR SAC

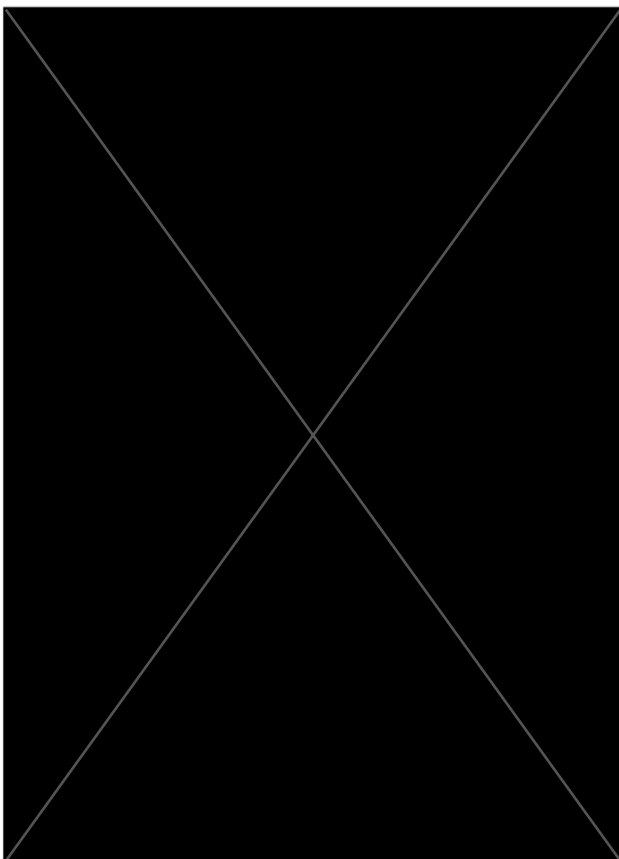
CONCORSO PUBBLICO PER TITOLI ED ESAMI, PER L'ASSUNZIONE CON CONTRATTO DI LAVORO A TEMPO PIENO E INDETERMINATO DI UNA UNITÀ DI PERSONALE DIRIGENZIALE DI II FASCIA - PRESSO L'AMMINISTRAZIONE CENTRALE DEL CONSIGLIO NAZIONALE DELLE RICERCHE - ROMA



SECONDA PROVA SCRITTA
GIORNO 21 APRILE 2023

BUSTA C

Predisponga il candidato/a una relazione all'Amministrazione soccombente sulla sentenza oggetto del dossier consegnato (Allegato contraddistinto con la lettera C- in materia di contratti pubblici con particolare riguardo ai requisiti di partecipazione così come attestati da uno dei partecipanti alla gara), nella quale evidenzi i profili di possibile impugnativa dinanzi al Consiglio di Stato.

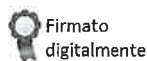


N. REG.RIC.



Publicato il 09/07/2021

N. _____ REG.PROV.COLL.
N. _____ 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale _____ del 2021, proposto da

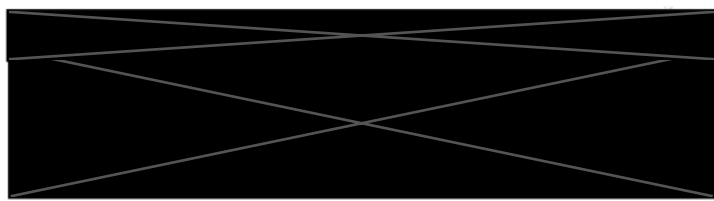
_____ in
persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati
_____, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio

contro

_____, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dal _____, domiciliataria ex
lege in _____

nei confronti

_____, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dall'avvoc _____, con domicilio digitale come da
PEC da Registri di Giustizia;



non costituito in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento prot. n. 2021/113/DR-VE del 25 gennaio 2021, assunto dall' di esclusione del costituendo dalla procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e.s.m.i., per l'affidamento del servizio di verifica della vulnerabilità sismica, diagnosi energetica, rilievo geometrico, architettonico, tecnologico e impiantistico e progettazione di fattibilità tecnica e economica degli interventi di miglioramento-adequamento strutturale, da restituire anche in modalità BIM sui beni di proprietà dello Stato, situati nella Regione Veneto, Lotto 4, di ogni altro atto presupposto e/o connesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di e dell' ;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 giugno 2021 il dott. Marco Rinaldi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Nel 2019 ha indetto una procedura di gara per l'affidamento del servizio in epigrafe indicato.

La gara veniva aggiudicata all' costituenda ricorrente, composta dalla mandataria e dalle mandanti

A seguito di un controllo sul possesso dei requisiti di partecipazione, la stazione appaltante ha, tuttavia, escluso la ricorrente a causa della riscontrata falsità di una dichiarazione resa dalla mandante a comprova dei requisiti di capacità tecnica e professionale richiesti dall'art. 7.3 del Disciplinare di gara.

In particolare è emersa, in sede di verifica successiva all'aggiudicazione, la falsità della certificazione prodotta da _____ in relazione all'esecuzione di un servizio (denominato "Studio di fattibilità tecnico-economica per lo sviluppo del sistema dei trasporti della Repubblica del Congo") espletato dalla mandante nell'interesse della _____

_____, operante quale stazione appaltante del servizio inerente il medesimo certificato, ritenuto falso: falsità estrinsecatasi nell'aggiunta di una tabella contenente categorie di valori e importi che non trovano corrispondenza nel documento originale.

Riscontrata la falsità della certificazione prodotta dalla mandante, la stazione appaltante procedeva all'esclusione (automatica) della ricorrente ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis), D. Lgs. n. 50/2016, all'annullamento dell'aggiudicazione disposta in suo favore e allo scorrimento della graduatoria a vantaggio della controinteressata.

Avverso detta esclusione e i provvedimenti conseguenti è insorta l'_____ ricorrente, deducendone l'illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere, in particolare contestando l'automatismo espulsivo applicato dalla P.A. e sostenendo, in varia guisa, che la stazione appaltante non avrebbe potuto procedere all'esclusione automatica della ricorrente.

Ha resistito al ricorso la stazione appaltante, contrastando le avverse pretese.

Si è costituita in giudizio anche la ditta controinteressata, facendo proprie le difese svolte dalla P.A..

All'udienza pubblica in epigrafe indicata la causa è passata in decisione.

Il ricorso merita accoglimento in quanto la P.A. ha erroneamente applicato alla fattispecie scrutinata la causa di esclusione (automatica) di cui all'art. 80, comma 5, lettera f-bis) del codice dei contratti pubblici in luogo della causa di esclusione (facoltativa) prevista dalla lettera c) del medesimo articolo.

Il rapporto di specialità esistente tra le due disposizioni è stato approfondito e chiarito da Cons. St, Ad Pl. n. 16/2020, secondo cui la falsità delle informazioni

rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lettera c) [ora c-bis)] dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50; in conseguenza di ciò la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo.

La lettera f-bis) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 ha carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lettera c) [ora c-bis)] della medesima disposizione.

Nel giungere alle surriferite conclusioni, l'Adunanza Plenaria ha osservato che per dirimere il conflitto di norme potenzialmente concorrenti l'interprete deve applicare il criterio di specialità (art. 15 delle preleggi), in virtù del quale deve attribuirsi prevalenza alla lettera c), sulla base dell'elemento specializzante consistente nel fatto che le informazioni false, al pari di quelle fuorvianti, sono finalizzate all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante «sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione» e concretamente idonee ad influenzarle. Per effetto di quanto ora considerato, prosegue la Plenaria, diversamente da quanto finora affermato dalla prevalente giurisprudenza amministrativa, l'ambito di applicazione della lettera f-bis) viene giocoforza a restringersi alle ipotesi – di non agevole verifica – in cui le dichiarazioni rese o la documentazione presentata in sede di gara siano obiettivamente false, senza alcun margine di opinabilità, e non siano finalizzate all'adozione dei provvedimenti di competenza dell'amministrazione relativi all'ammissione, la valutazione delle offerte o l'aggiudicazione dei partecipanti alla gara o comunque relativa al corretto svolgimento di quest'ultima, secondo quanto previsto dalla lettera c).

In applicazione dei suesposti principi, il ricorso deve essere accolto, poiché la falsità documentale per cui è causa, relativa a uno dei vari documenti prodotti dalla ricorrente a comprova del possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale, era suscettibile di incidere sulle decisioni dell'amministrazione concernenti l'ammissione, la selezione o l'aggiudicazione e pertanto, non era sufficiente la sua verifica a determinare l'esclusione del concorrente dalla gara, occorrendo anche valutare se il falso era in grado di condizionarne il corretto svolgimento.

Nel contesto di questa valutazione l'amministrazione, in sede di riedizione del potere, dovrà stabilire se l'informazione e/o la documentazione fornita dalla ricorrente in relazione allo "Studio di fattibilità tecnico-economica per lo sviluppo del sistema dei trasporti della Repubblica del Congo" è effettivamente falsa o fuorviante; se inoltre la stessa era in grado di sviare le proprie valutazioni; ed infine se il comportamento tenuto dall'operatore economico incida in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità. Del pari dovrà stabilire allo stesso scopo se quest'ultimo ha omesso di fornire informazioni rilevanti, sia perché previste dalla legge o dalla normativa di gara, sia perché evidentemente in grado di incidere sul giudizio di integrità ed affidabilità. Una simile valutazione dovrà essere svolta dalla stazione appaltante in sede di riedizione del potere e non può essere rimessa al giudice amministrativo, ostandovi il principio di separazione dei poteri, che in sede processuale trova emersione nel divieto di pronunciare «con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati» sancito dall'art. 34, comma 2, del codice del processo amministrativo.

Per quanto sin qui esposto il ricorso merita accoglimento, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

Le spese di lite possono essere compensate in ragione della problematicità delle questioni trattate e della difficoltà di tracciare la linea Maginot tra le fattispecie contermini previste dalle lettere c) [ora c-bis] e f bis) dell'art. 80, comma 5, D. Lgs. n. 50/2016.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate, ferma la restituzione del contributo unificato posta a carico della stazione appaltante.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 10 giugno 2021, tenutasi da remoto mediante videoconferenza, con l'intervento dei magistrati:

Alberto Pasi, Presidente

Marco Rinaldi, Primo Referendario, Estensore

Mariagiovanna Amorizzo, Referendario

L'ESTENSORE

Marco Rinaldi

IL PRESIDENTE

Alberto Pasi

IL SEGRETARIO