Pubblicato il 07/06/2024

N. 11570/2024 REG.PROV.COLL.
N. 03215/2024 REG.RIC.

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 116 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 3215 del 2024, proposto da Almaviva - The Italian Innovation Company S.p.A. in Breve Almaviva S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Tommaso Di Nitto, Gianpaolo Ruggiero, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Tommaso Di Nitto in Roma, via Antonio Gramsci n. 24;

contro

Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale, Ambasciata d'Italia a Islamabad, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

di BLS International Services Limited, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Baglivo, Alessandro

Zalonis, Alessandro Pracilio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

della nota del 16 febbraio 2024, prot. n. 000616, ricevuta in pari data a mezzo p.e.c., con la quale il Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale, Ambasciata d'Italia a Islamabad, ha respinto l'istanza di accesso agli atti presentata da Almaviva - The Italian Innovation Company S.p.A. in data 18 gennaio 2024;

nonché per l'accertamento

del diritto della Società ricorrente ad accedere a tutta la documentazione richiesta con la predetta istanza.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale, dell'Ambasciata d'Italia a Islamabad e di BLS International Services Limited;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 giugno 2024 il dott. Marco Savi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

1. Con determina a contrarre n. 585 del 30 marzo 2021 l'Ambasciata di Italia a Islamabad ha avviato una procedura di gara per l'affidamento "*di un contratto di concessione del servizio per l'esternalizzazione dei servizi propedeutici, connessi o successivi all'attività di rilascio dei visti di ingresso in Italia mediante procedura ordinaria aperta, ai sensi dell'art. 7, comma 3, del DM n. 192/2017*", nell'ambito della quale è stato previsto l'obbligo per l'aggiudicatario d'iscriversi nel registro delle imprese dello Stato in cui deve essere eseguito il contratto o di costituire "*una società di diritto locale entro 120 giorni dalla stipula del contratto, pena la risoluzione dello stesso ex art. 1456 del codice civile italiano*" (art. 2.1 del disciplinare di gara; punto III.1.1) del bando di gara e l'art. 13, comma 1, lettera q) del capitolato tecnico).

2. Alla gara hanno partecipato sia la BLS International Services Limited LTD, odierna controinteressata, sia Almaviva S.p.A. Valutate le offerte tecniche ed economiche, BLS è risultata prima nella graduatoria provvisoria con il punteggio di 89,6, seguita da Almaviva con il punteggio 88,8. Pertanto, l'Ambasciata, con il decreto n. 4 del 5 ottobre 2021, ha disposto l'aggiudicazione della gara in favore della BLS.

3. All'aggiudicazione è seguito un contenzioso, instaurato dall'impresa classificatasi al terzo posto della graduatoria, terminato con la sentenza del Consiglio di Stato n. 6731 del 10 luglio 2023, che ha accertato la legittimità del predetto decreto n. 4 del 5 ottobre 2021.

4. Alla luce delle previsioni della *lex specialis* di gara che obbligano l'aggiudicatario a iscriversi nel registro delle imprese pakistane o di costituire "*una società di diritto locale entro 120 giorni dalla stipula del contratto, pena la risoluzione dello stesso ex art. 1456 del codice civile italiano*", Almaviva, con istanza presentata a mezzo p.e.c. in data 18 gennaio 2024, ha chiesto all'Ambasciata di "*ottenere copia integrale e senza omissioni, in formato elettronico-digitale ovvero in formato cartaceo in carta libera, di tutta la documentazione relativa all'iscrizione nel registro delle imprese del Pakistan o alla costituzione di una società di diritto locale da parte dell'aggiudicatario BLS International Services Limited e del contratto di concessione eventualmente medio tempore sottoscritto tra codesta Spettabile Ambasciata e BLS International Services Limited*". L'istanza è stata motivata sulla base della "qualità di concorrente" di Almaviva, "seconda nella graduatoria finale" della procedura di gara in oggetto, e dell'esigenza di tutelare la propria posizione giuridica soggettiva nelle sedi ritenute opportune.

5. L'Ambasciata, con nota del 16 febbraio 2024, prot. n. 000616, ha respinto l'istanza di accesso presentata da Almaviva che, dunque, ha impugnato il predetto diniego contestando "*Violazione degli artt. 22 e seguenti della legge n. 241 del 1990, Violazione dell'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016. Eccesso di potere per difetto d'istruttoria e di motivazione*".

6. Rileva la ricorrente che l'Ambasciata ha negato l'ostensione dei documenti richiesti dalla ricorrente, sostenendo che Almaviva sarebbe sfornita di un interesse attuale e concreto ad accedere agli atti oggetto dell'istanza presentata, in quanto, non avendo "*a suo tempo proposto rituale ricorso avverso l'aggiudicazione*", avrebbe tenuto un comportamento acquiescente *"alla determinazione dell'Amministrazione conclusiva della procedura di gara cui aveva preso parte*". Secondo l'Ambasciata, inoltre, essendo stata confermata in sede contenziosa, "*con forza di giudicato, la bontà del proprio operato ... la vicenda sostanziale e relative posizioni giuridiche sarebbero da considerarsi per Almaviva S.p.A. ormai esaurite e cristallizzate*", con la conseguenza che la ricorrente "*non ritrarrebbe dalla visione della documentazione richiesta alcun vantaggio concreto e che, peraltro, la richiesta risulterebbe sorretta esclusivamente da una finalità meramente esplorativa*".

7. La predetta motivazione sarebbe illegittima, in quanto alla luce dei principi dettati nella sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10 del 2 aprile 2020, la giurisprudenza sarebbe consolidata nel ritenere sussistente, anche in capo all'impresa classificatasi al secondo posto della graduatoria che non ha impugnato l'aggiudicazione, un interesse concreto e attuale ad accedere agli atti relativi alla fase esecutiva di un contratto pubblico in tutti i casi in cui la richiesta "*si accompagni alla specifica, concreta e circostanziata valorizzazione di elementi fattuali o giuridici inerenti le modalità di regolare attuazione del rapporto negoziale e idonei a prefigurare, sia pure in termini di possibilità e non necessariamente di certezza o anche solo di probabilità, le condizioni di una vicenda risolutiva, per sé idonea a riattivare le chances di subentro o anche solo di rinnovazione della procedura evidenziale*" (Cons. St., Sez. V, 10 marzo 2021, n. 2050; nello stesso senso, tra le tante, Cons. St., Sez. V, 14 dicembre 2020, n. 7963; TAR Lazio, Sez. II, 14 giugno 2021, n. 7125).

8. Nel caso di specie, la richiesta di accesso è stata presentata dalla Società ricorrente nel dichiarato presupposto: (i) che il bando di gara, alla sezione III.1.1), il disciplinare di gara, al par. 2.1, e il capitolato tecnico, all'art. 13,

comma 1, lettera q), hanno imposto all'aggiudicatario d'iscriversi nel registro delle imprese del Pakistan o di costituire una società di diritto pakistano "*entro 120 giorni dalla stipula del contratto, pena la risoluzione dello stesso ex art. 1456 del codice civile italiano*" (art. 2.1 del disciplinare di gara); (ii) che ove Almaviva riscontrasse l'inadempimento dell'aggiudicatario a tale obbligo potrebbe far valere una possibile ragione risolutoria del rapporto contrattuale in essere, al fine di subentrare nella esecuzione delle prestazioni attualmente svolte da BLS. Amaviva sarebbe, quindi, fornita di un evidente interesse attuale e concreto ad accedere agli atti oggetto dell'istanza presentata. Nessun rilievo contrario assumerebbe il fatto che Almaviva non abbia impugnato, in via principale o incidentalmente, il provvedimento di aggiudicazione adottato in favore di BLS oppure il fatto che l'operato dell'Ambasciata è stato ritenuto legittimo con una sentenza passata in giudicato. Ciò che rileverebbe, infatti, è che Almaviva potrebbe ottenere un vantaggio dalla conoscenza degli atti relativi all'iscrizione nel registro delle imprese del Pakistan o alla costituzione di una società di diritto locale da parte di BLS, perché potrebbe ottenere una informazione che le consentirebbe di agire, anche giudizialmente, per chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento dell'aggiudicatario e quindi lo scorrimento della graduatoria a suo tempo approvata.

9. Neppure potrebbe avere rilevanza il diniego all'ostensione espresso da BLS, in quanto la normativa in materia di accesso agli atti, lungi dal rendere i controinteressati arbitri assoluti delle richieste che li riguardino, rimetterebbe sempre all'amministrazione destinataria della richiesta di accesso il potere di valutare la fondatezza della richiesta stessa, anche in contrasto con l'opposizione eventualmente manifestata dagli stessi.

10. Si è costituita BLS, rilevando che, alla luce dei principi statuiti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10 del 2 aprile 2020, è ravvisabile in capo al concorrente collocato in seconda posizione in graduatoria un interesse concreto e attuale, ai sensi dell'art. 22 della L. n. 241 del 1990, ad avere accesso agli atti della fase esecutiva di un contratto

pubblico, in relazione a vicende che potrebbero condurre alla risoluzione per inadempimento dell'aggiudicatario, "*purché tale istanza non si traduca in una generica volontà da parte del terzo istante di verificare il corretto svolgimento del rapporto contrattuale*". Ne conseguirebbe che la mera deduzione logica per la quale all'eventuale risoluzione del contratto per inadempimento dell'aggiudicatario (qualunque esso sia) potrebbe seguire lo scorrimento della graduatoria non costituirebbe circostanza sufficiente, di per sé, a motivare e legittimare una richiesta di accesso ai documenti della fase esecutiva del rapporto contrattuale, occorendo un *quid pluris* costituito – sempre secondo i consolidati principi della giurisprudenza che si è conformata alla decisione dell'Adunanza Plenaria – dall'onere di accompagnare la pretesa ostensiva "*alla specifica, concreta e circostanziata valorizzazione di elementi fattuali o giuridici idonei a prefigurare, sia pure in termini di possibilità, le condizioni di una vicenda risolutiva*" (Consiglio di Stato, Sez. V, 10 marzo 2021 n. 2050).

11. Tale *quid pluris* sarebbe totalmente mancante nel caso di specie, in quanto né nell'istanza di accesso in esame, né nel ricorso avversario sarebbe contenuto il benché minimo riferimento, nel senso sopra descritto, a possibili criticità nell'adempimento post aggiudicazione di cui si discute, non avendo Almaviva adombrato neppure l'esistenza di un minimo indizio o elemento di prova relativo ad un possibile inadempimento dell'aggiudicataria ed essendosi limitata a rappresentare, nella stessa istanza, il solo "*bisogno di verificare la regolarità degli atti del procedimento, con l'obiettivo di una eventuale tutela amministrativa e giudiziale*".

12. L'aspirazione della ricorrente ad ottenere l'immediata risoluzione del contratto e il suo subentro nell'esecuzione del servizio risulterebbe comunque del tutto priva di fondamento sotto due ulteriori assorbenti profili. In primo luogo, il paragrafo III.1.1 del Bando di gara declinerebbe in termini di mera "possibilità", e non già di obbligatorio automatismo, lo scioglimento del rapporto contrattuale in caso di inadempimento degli obblighi relativi alla iscrizione nel registro delle imprese locale, atteso che "*L'Ufficio potrà revocare*

l'aggiudicazione laddove l'operatore economico aggiudicatario non ottemperi, entro 120 giorni dalla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione, all'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese dello Stato in cui deve essere eseguito il contratto". In secondo luogo, anche immaginando che la conseguenza della mancata o non corretta costituzione dell'entità di diritto locale sia la risoluzione del contratto, in ogni caso ai sensi dell'art. 13 del Capitolato tecnico, in tutte le ipotesi di risoluzione del contratto, non vi sarebbe comunque alcun obbligo di scorrimento della graduatoria, giacché "*sorge per l'Ufficio il diritto di acquisire garanzia definitiva e di affidare il servizio a terzi per il periodo di tempo occorrente per procedere a nuovo affidamento*".

13. L'Amministrazione si è costituita depositando memoria e documenti in data 23.5.2024.

14. La ricorrente ha prodotto memorie di replica in data 24.5.2024, rilevando in primo luogo la tardività del deposito eseguito dall'Amministrazione e ribadendo, nel merito, le proprie ragioni.

15. Alla camera di consiglio del 5.6.2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

16. Va preliminarmente rilevata la tardività delle memorie e dei documenti depositati dall'Amministrazione in data 23.5.2024, con conseguente loro inutilizzabilità ai fini del presente giudizio.

17. Nel merito, il ricorso è fondato.

18. Occorre ricordare, secondo quanto chiarito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sent. n. 10/2020), che "*gli operatori economici, che abbiano preso parte alla gara, sono legittimati ad accedere agli atti della fase esecutiva, con le limitazioni di cui all'art. 53 del d. lgs. n. 50 del 2016, purché abbiano un interesse attuale, concreto e diretto a conoscere tali atti*". La disciplina in materia di contratti pubblici evidenzia, infatti, "*l'esistenza di situazioni giuridicamente tutelate in capo agli altri operatori economici, che abbiano partecipato alla gara e, in certe ipotesi, che non abbiano partecipato alla gara, interessati a conoscere illegittimità o inadempimenti manifestatisi dalla fase di approvazione del contratto sino alla sua completa esecuzione, non solo per far*

valere vizi originari dell'offerta nel giudizio promosso contro l'aggiudicazione (Cons. St., sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1115), ma anche con riferimento alla sua esecuzione, per potere, una volta risolto il rapporto con l'aggiudicatario, subentrare nel contratto od ottenere la riedizione della gara con chance di aggiudicarsela". Ciò in quanto "*l'esecuzione del pubblico contratto o della pubblica concessione, se riguardata infatti anche dal necessario versante del diritto amministrativo e delle norme del codice dei contratti pubblici, che pure la regolano in ossequio ai dettami del diritto dell'Unione, non è una "terra di nessuno", un rapporto rigorosamente privatistico tra la pubblica amministrazione e il contraente escludente qualsivoglia altro rapporto o interesse, ma è invece soggetta, oltre al controllo dei soggetti pubblici, anche alla verifica e alla connessa conoscibilità da parte di eventuali soggetti controinteressati al subentro o, se del caso, alla riedizione della gara*".

19. Ne consegue "*il riconoscimento di un interesse strumentale giuridicamente tutelato quantomeno ai soggetti che abbiano partecipato alla gara, e non ne siano stati definitivamente esclusi per l'esistenza di preclusioni che impedirebbero loro di partecipare a qualsiasi gara (si pensi ad una impresa colpita da informazione antimafia), a conoscere gli atti della fase esecutiva*", che "*non configura quindi una "iperestensione" del loro interesse, con conseguente allargamento "a valle" della giurisdizione amministrativa, tutte le volte in cui, a fronte di vicende di natura pubblicistica o privatistica già verificatesi incidenti sulla prosecuzione del rapporto, sia configurabile, se non il necessario, obbligatorio, scorrimento della graduatoria (c.d. bene finale), quantomeno la realistica possibilità di riedizione della gara (c.d. bene intermedio) per conseguire l'aggiudicazione della stessa (c.d. bene finale), in un "solido collegamento" con il bene finale*".

20. Nel caso di specie, l'art. III.1.1. del Bando di gara stabilisce che "*L'Ufficio potrà revocare l'aggiudicazione laddove l'operatore economico aggiudicatario non ottemperi, entro 120 giorni dalla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione, all'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese dello Stato in cui deve essere eseguito il contratto*". L'art. 2.1 del Disciplinare di gara ribadisce che "*Il soggetto Aggiudicatario si impegna all'iscrizione nel registro delle imprese del Pakistan o alla costituzione di una società di diritto locale entro 120 giorni dalla stipula del contratto, pena la risoluzione dello stesso ex art. 1456 del codice civile italiano*". Ai sensi dell'art. 13, co. 1, del capitolato

tecnico, "*Le parti convengono che, oltre a quanto previsto dall'art. 1453 del codice civile per i casi di inadempimento delle obbligazioni contrattuali, costituiscono motivo per la risoluzione del contratto per inadempimento, ai sensi dell'art. 1456 del codice civile, le seguenti fattispecie:* […] *q) mancata iscrizione del concessionario nel registro locale delle imprese nei termini indicati dall'Ufficio o sua intervenuta cancellazione o rimozione durante l'esecuzione del contratto*".

21. La *lex specialis* ha, dunque, previsto un adempimento di carattere amministrativo, da eseguirsi entro un termine esattamente indicato, al quale è specificamente ricollegata (o può essere ricollegata secondo una determinazione rimessa alla stazione appaltante, che è comunque chiamata, alla luce del chiaro tenore della disciplina di gara, a specifica valutazione) la risoluzione del contratto. Deve, pertanto, escludersi che l'istanza di accesso, finalizzata a conoscere gli atti riguardanti il predetto adempimento amministrativo e le relative valutazioni condotte dalla stazione appaltante, si connoti come meramente esplorativa, avendo, da un lato, un oggetto ben definito e circoscritto ed essendo rivolta, dall'altro lato, alla conoscenza di vicende specificamente qualificate, per via di espresse previsioni della legge di gara, ai fini della fattispecie risolutoria.

22. Manifestamente infondate sono, d'altra parte, le argomentazioni addotte dalla stazione appaltante a sostegno del diniego. Nessuna rilevanza può assumere, infatti, la mancata impugnazione da parte della ricorrente degli atti di gara, che evidentemente non può far venir meno l'interesse a conoscere atti della fase esecutiva che possano eventualmente porsi a giustificazione di una vicenda risolutiva quale quella conseguente alla mancata iscrizione nel registro delle imprese (con conseguente subentro ovvero riedizione della gara), trattandosi di fattispecie i cui elementi costituitivi si pongono a valle della procedura di affidamento.

23. Neppure può assumere rilevanza la circostanza che la risoluzione non avvenga, come dedotto dalla controinteressata, automaticamente, essendo invece meramente eventuale. Decisiva, infatti, è la circostanza che il predetto

adempimento è specificamente preso in considerazione dalla *lex specialis* quale autonomo presupposto della risoluzione contrattuale, mentre anche l'eventuale discrezionalità riconosciuta all'Amministrazione nella valutazione della vicenda si espone al consueto sindacato giurisdizionale, alla cui attivazione parte ricorrente avrebbe evidentemente interesse al verificarsi dei relativi presupposti.

24. Né l'interesse di Almaviva può dirsi insussistente in ragione del fatto che, anziché determinarne il subentro, la risoluzione condurrebbe a una nuova procedura di affidamento, in quanto dalla giurisprudenza sopra richiamata è pacifico che l'interesse alla riedizione della gara può ben porsi a fondamento della legittimazione alla conoscenza degli atti della fase esecutiva.

25. Infine, la circostanza che l'inadempimento a tale incombenza non sia stato specificamente dedotto a giustificazione dell'istanza di accesso è irrilevante, essendo palese che la medesima è volta a verificare se esso è stato adempiuto e, in mancanza, per quale ragione la stazione appaltante non si sia determinata a risolvere il contratto. A fronte di un adempimento puntuale e specifico posto dalla legge di gara a base di una vicenda risolutoria non può ritenersi onere del concorrente potenzialmente interessato procedere a un'incerta, quanto potenzialmente defatigante, attività di indagine volta a fondare (quantomeno) il sospetto di una violazione, in quanto una tale conclusione finirebbe col frustrare irragionevolmente un interesse conoscitivo qualificato senza che emergano, in termini apprezzabili e non meramente evanescenti, ragioni di segno contrario.

26. In conclusione, il ricorso è fondato e deve essere accolto.

27. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, ordina all'Amministrazione l'esibizione della

documentazione richiesta entro 30 giorni dalla notificazione ovvero, se anteriore, dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza.

Condanna il Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale e BLS International Services Limited al pagamento delle spese di lite, quantificate in euro 1.000,00 (mille/00) ciascuna, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Sapone, Presidente

Massimiliano Scalise, Referendario

Marco Savi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Marco Savi	**Giuseppe Sapone**

IL SEGRETARIO