

## **Appalti pubblici - Accesso agli atti - Pareri dell'avvocatura dello Stato**

*L'accesso ai pareri resi dall'Avvocatura dello Stato deve essere negato se essi attengono alla strategia difensiva dell'amministrazione in un contenzioso in atto o potenziale. Rientrano invece nel diritto di accesso i pareri endoprocedimentali, che costituiscono parte integrante di un procedimento amministrativo culminato in un provvedimento.*

*Ai fini della sottrazione all'accesso del parere non è necessario che il contenzioso sia già insorto, essendo sufficiente che l'amministrazione preveda con ragionevole certezza che una sua decisione potrà essere impugnata.*

**Sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, del 10 Febbraio 2025 n. 1049**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 6780 del 2024, proposto da Fastweb S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Elisabetta Pistis, Fabio Elefante, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quarta) n. 8892/2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Presidenza del Consiglio dei Ministri;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 gennaio 2025 il Cons. Massimo Santini e uditi per le parti l'Avv. Elefante e l'Avvocato dello Stato Caselli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## **FATTO e DIRITTO**

1. Come pure riportato nella sentenza di primo grado:

1.1. Con sentenza n. 9210 del 2023, il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'aggiudicazione al RTI Tim S.p.a., Leonardo S.p.a., CDP Equity S.p.a. e Sogei S.p.a. della convenzione del 24 agosto 2022, relativa al contratto di partenariato pubblico privato per la realizzazione e gestione del Polo Strategico Nazionale, è avvenuta in violazione delle regole che reggono le procedure ad evidenza pubblica e si è risolta nell'affidamento senza gara di una concessione di rilevante valore economico, finanziata con fondi PNRR. Di qui il riconoscimento del risarcimento del danno per equivalente in favore di FASTWEB, attesa l'impossibilità di accordare il risarcimento in forma specifica ai sensi dell'art. 48 del DL n. 77 del 2021. La quantificazione del danno era poi rimessa nuovamente al TAR che, sul punto, aveva disposto apposita verifica;

1.2. A seguito di tale pronuncia Fastweb S.p.a., con nota in data 30 novembre 2023, ha comunque invitato la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per la trasformazione digitale, a valutare le ipotesi di subentro o aggiudicazione della concessione a favore del RTI costituito da Fastweb ed Aruba;

1.3. L'amministrazione, con nota del 19 dicembre 2023, ha rigettato la domanda, "anche alla luce dei pareri resi dall'Avvocatura Generale dello Stato e dalla Struttura di Missione PNRR, richiesti ed acquisiti con il preciso intento di sondare i profili giuridici e le conseguenti determinazioni da assumere in esito al predetto contenzioso";

1.4. Fastweb S.p.a., al fine di esercitare il proprio diritto di difesa, ha presentato istanza di accesso, ai sensi degli artt. 22 ss. l. n. 241/1990, ai pareri resi dall'Avvocatura Generale dello Stato e dalla Struttura di Missione PNRR, richiamati a fondamento del rigetto della domanda di subentro;

1.5. Con il provvedimento del 19 gennaio 2024, il Dipartimento per la trasformazione digitale della Presidenza del Consiglio dei Ministri ha rigettato l'istanza di accesso agli atti, ritenendo che non sussiste un interesse qualificato all'accesso (atteso che il subentro o l'aggiudicazione sarebbero preclusi dalla sentenza del Consiglio di Stato) e che i pareri richiesti sono esclusi dall'accesso ai sensi dell'art. 2, c. 1, lett. a) e c) DPCM n. 200/1996, trattandosi nella sostanza di pareri legali resi in relazione ad un contenzioso in essere o comunque potenziale.

2. Fastweb S.p.a. impugnava il provvedimento di diniego di accesso davanti al TAR Lazio che riconosceva il diritto di accesso al solo parere della struttura di missione ma non anche a quello della Avvocatura dello Stato in quanto riconducibile ad attività di tutela legale e quindi contenente strategia di carattere processuale, come tale sottratto quindi all'accesso.

3. FASTWEB propone in questa sede appello per erroneità nella parte in cui non sarebbe stata considerata la violazione dell'art. 97 Cost. nonché dell'art. 22 della legge n. 241 del 1990 e dell'art. 2 del DPC n. 200 del 1996. Più in particolare, pur ammettendo l'esistenza di un dato orientamento della giurisprudenza secondo cui, in ordine ai pareri legali, occorre distinguere tra atti endoprocedimentali (soggetti ad accesso) ed atti strumentali alla difesa in giudizio (sottratti all'accesso), l'accesso andrebbe comunque consentito allorché, come nel caso di specie: "i pareri richiamati nel provvedimento sono ... l'unica ed esclusiva ragione fondante del diniego espresso" (pag. 8 atto di appello) ossia "l'unica ragione (*per relationem*) fondante il rilievo" (pag. 10 atto di appello). Per la difesa di parte appellante, in conclusione: "Il parere dell'Avvocatura ... non ha ad oggetto le strategie difensive" (pag. 12 atto di appello). Il richiamato parere legale avrebbe in altre parole consistenza di atto "endoprocedimentale" interno al "procedimento amministrativo" conclusosi con il diniego opposto dal Dipartimento per la trasformazione digitale rispetto alla prospettata ipotesi di subentro o di aggiudicazione della concessione in favore del raggruppamento costituito tra Fastweb S.p.A. ed Aruba S.p.A.

4. Si costituiva in giudizio l'appellata Presidenza del Consiglio dei ministri per chiedere il rigetto del gravame mediante articolate controdeduzioni che, più avanti, formeranno oggetto di specifica trattazione.

5. Alla camera di consiglio del 23 gennaio 2025 le parti rassegnavano le proprie rispettive conclusioni ed il ricorso in appello veniva infine trattenuto in decisione.

6. Tutto ciò premesso il ricorso in appello è infondato e deve essere rigettato per le ragioni di seguito indicate:

6.1. Come evidenziato in giurisprudenza (cfr., *ex multis*: Cons. Stato, sez. III, 13 novembre 2023, n. 9677): "*l'accesso ai pareri legali deve essere negato qualora il parere venga espresso al fine di definire una strategia una volta insorto un determinato contenzioso, ovvero una volta iniziate situazioni potenzialmente idonee a sfociare in un giudizio. Gli stessi pareri devono invece considerarsi soggetti all'accesso allorché abbiano una funzione endoprocedimentale e siano quindi correlati ad un procedimento amministrativo che si conclude con un provvedimento ad essi collegato anche solo in termini sostanziali (Consiglio di Stato, sez. III, 15 maggio 2018, n. 2890)*";

6.2. In questa direzione occorre dunque valutare, nel caso di specie, se tale parere della Avvocatura erariale abbia o meno la necessaria consistenza "endoprocedimentale", in funzione di un provvedimento amministrativo che vi faccia riferimento, oppure si riferisca a lite già "in atto" o comunque "in potenza" ossia *in fieri*;

6.3. Giova riportare, al riguardo, il contenuto della nota impugnata della PCM secondo cui:

"Si riscontra la nota del 1° dicembre 2023, con cui codesta Società ha invitato lo scrivente Dipartimento a valutare, alla luce della sentenza del Consiglio di Stato, V. Sez., n. 9210 del 24 ottobre 2023, le ipotesi di subentro o aggiudicazione della concessione in favore del RTI costituito da Fastweb e Aruba, allegando il parere pro-veritate del Prof. Sabino Cassese.

Al riguardo, anche alla luce dei pareri resi dall'Avvocatura Generale dello Stato e dalla Struttura di Missione PNRR, richiesti ed acquisiti con il preciso intento di sondare i profili giuridici e le conseguenti determinazioni da assumere in esito al predetto contenzioso, non si ritengono

condivisibili le valutazioni contenute nella nota che si riscontra e, pertanto, si comunica di non poter accogliere la domanda di subentro o di annullamento dell'aggiudicazione della commessa in oggetto.

Ad ogni buon fine, si ribadisce la disponibilità a valutare congiuntamente ipotesi di soluzioni di natura transattiva all'esito della ormai imminente pubblicazione della sentenza del TAR Lazio in merito alla quantificazione del risarcimento spettante a codesta Società”;

6.4. Tanto doverosamente premesso, plurimi sono gli indizi che fanno propendere il collegio per la tesi secondo cui il parere citato nella nota PCM è, nella sostanza, un documento che attiene alla strategia difensiva della parte:

6.4.1. In primo luogo, il riferimento al contenzioso di cui alla citata sentenza del Consiglio di Stato n. 9210 del 2024 della cui correttezza (almeno sul piano della giurisdizione) e della cui integrale esecuzione ancora si discute;

6.4.2. In secondo luogo, il riferimento alla possibilità di accedere a “soluzioni di natura transattiva” in esito alla controversia risarcitoria ancora pendente, proprio a seguito della citata sentenza di questa stessa sezione, dinanzi al TAR Lazio (dunque, anche in questo caso una controversia giudiziaria tuttora in corso ossia “in atto”, come partitamente evidenziato al punto 1.1.);

6.4.3. In terzo ed ultimo luogo si consideri che la richiamata nota della PCM è stata impugnata dinanzi al TAR Lazio con ulteriore gravame (nrg 1957 del 2024) proprio a causa del diniego al subentro. E una simile circostanza, ossia il fatto che dalla suddetta nota sarebbe scaturito con ogni probabilità ulteriore contenzioso giurisdizionale, era già ben rappresentabile, nella sfera della amministrazione appellata, sin dalla richiesta di subentro di cui alla nota Fastweb del 30 novembre 2023. Nota questa in cui era stato anticipato che il divieto di subentro contenuto nella disposizione di cui all'art. 48, comma 4, del DL n. 77 del 2021, avrebbe effetti soltanto processuali (ossia unicamente per il giudice) e non anche sostanziali (ossia anche per la PA in sede di possibile autotutela): di qui la richiesta del parere in questione alla avvocatura erariale evidentemente anche sotto tali specifici profili (di carattere per l'appunto giurisdizionale). Dirimente in tal senso la constatazione che tra i motivi di ricorso di cui al richiamato giudizio (nrg 1957 del 2024) non v'è solo il difetto di motivazione legato alla mancata ostensione del parere legale (primo motivo di ricorso) ma anche la violazione del ridetto art. 48 del DL n. 77 del 2021 e nei medesimi termini di cui alla citata nota Fastweb del 30 novembre 2023 (secondo motivo di ricorso). Con ciò si vuole dire che, quand'anche il parere della Avvocatura erariale fosse stato esibito, ciò non avrebbe impedito con tutta probabilità l'impugnazione del diniego di subentro per la ritenuta predetta violazione dell'art. 48, stante una posizione in tal senso nettamente espressa dalla difesa di Fastweb. Posizione da cui limpidamente scaturiva la sussistenza di tutti i presupposti per una “potenziale lite” dinanzi alla cui evenienza la stessa amministrazione si è così rivolta all'organismo istituzionalmente deputato alla tutela legale (Avvocatura dello Stato) onde acquisire ogni prospettazione possibile sul piano delle ricadute giurisdizionali del proprio operato. Detto in altri termini, la chiara prospettazione di una possibile lite era non tanto legata alla contestata decisione di non esibire il parere dell'avvocatura (da cui è scaturito il primo motivo di ricorso ossia il difetto di motivazione di cui al giudizio 1957 del 2024) quanto piuttosto al fatto che il diniego di subentro senz'altro avrebbe dato luogo, *ex se*, ad ulteriore contenzioso; e tanto proprio sulla base di quanto anticipato da Fasweb, con specifico riguardo alla corretta interpretazione dell'art. 48 del DL n. 77 del 2021, nella richiesta di subentro del 30 novembre 2023.

6.5. Alla luce di quanto sopra evidenziato si appalesa dunque corretto l'operato dell'amministrazione, quanto alla mancata ostensione del parere della Avvocatura erariale, poiché trattasi di parere reso in relazione a lite non solo "in atto" (vedasi paragrafo 6.4.2.) ma anche "in potenza" (vedasi paragrafo 6.4.3.);

6.6. Va da sé che ove l'amministrazione sia unicamente tenuta, in esito al predetto giudizio n. 1957 del 2024, alla riedizione del potere legato al difetto di motivazione, la stessa potrà chiedere ulteriore parere alla Avvocatura erariale (questa volta di natura eminentemente consultiva ai sensi dell'art. 13 del RD 1611 del 1933) oppure fornire nuova motivazione sulla base dei contenuti strettamente non giurisdizionali di cui al parere già reso.

7. In conclusione il ricorso in appello è infondato e deve essere rigettato.

8. La complessità della questione induce il collegio a compensare le spese del presente giudizio.

### **P.Q.M.**

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 gennaio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Massimo Santini**

**IL PRESIDENTE**

**Diego Sabatino**

IL SEGRETARIO