Pubblicato il 17/01/2023

**N. 00824/2023 REG.PROV.COLL.**

**N. 10940/2022 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 Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 74 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 10940 del 2022, proposto da Webuild S.p.A., Impresa Pizzarotti & C. S.p.A., Partecipazioni Italia S.p.A., rappresentate e difese dagli avvocati Luca Raffaello Perfetti, Alberto Marcovecchio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

A.N.A.S. S.p.A., rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Stefania Masini, Gianmarco Miele, Flavia De Pellegrin, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

De Sanctis Costruzioni S.p.A.; Icm S.p.A.; Consorzio Integra Società Cooperativa; G.S. Edil Società Cooperativa, R.C.M. Costruzioni S.r.l., D'Agostino Angelo Antonio Costruzioni Generali S.r.l., Conpat. S.C.A.R.L., Manelli Impresa S.r.l., Preve Costruzioni S.p.A., non costituiti in giudizio;

***per l'annullamento***

del provvedimento emesso in data 15.7.2022 del direttore del settore appalti e acquisti della società Anas S.p.A., con cui si è disposto il diniego all'istanza di accesso presentata dalla ricorrente in data 5.7.2022.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Anas S.p.A.;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2023 il dott. Angelo Fanizza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società Webuild S.p.A., in proprio e in qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese costituito con Impresa Pizzarotti & C. S.p.A. e Partecipazioni Italia S.p.A., ha chiesto l'annullamento del provvedimento emesso in data 15.7.2022 del direttore del settore appalti e acquisti della società Anas S.p.A., con cui si è disposto il diniego all'istanza di accesso presentata dalla ricorrente in data 5.7.2022.

La domanda di accesso ha riguardato l'affidamento della progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di adeguamento a 4 corsie della S.S. 372 "Telesina" dal km 0+000 al km 60+900. Codice CIG: procedura avente un importo complessivo di €. 391.646.088,02, indetta da Anas S.p.A. ai sensi dell'art. 61 del d.lgs. 50/2016 e regolata dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In esito a tale procedura è risultato:

- primo il RTI capeggiato dalla società De Sanctis Costruzioni S.p.A.;
- secondo il RTI capeggiato dalla società Ghella S.p.A.;

- terzo il RTI capeggiato dal Consorzio Stabile Medil Sc.A.R.L.;
- quarto il concorrente D'Agostino Angelo Antonio Costruzioni Generali s.r.l.;
- quinto il RTI capeggiato dalla ricorrente Webuild S.p.A.

In data 24.12.2020 è stata comunicata ai concorrenti l'aggiudicazione dell'appalto, disposta con determinazione di pari data.

A tale aggiudicazione è seguito un articolato contenzioso.

Con ricorso iscritto al RG 310/2021 innanzi al TAR Campania, integrato da motivi aggiunti, il RTI Medil (terzo classificato) ha impugnato il procedimento di aggiudicazione; nel giudizio si sono costituiti il RTI De Sanctis (primo) ed il RTI Ghella (secondo), proponendo entrambe ricorso incidentale, volto ad ottenere l'esclusione della ricorrente dalla procedura di gara, nonché la stazione appaltante Anas.

Con ricorso iscritto al RG 377/2021, integrato da motivi aggiunti, il RTI Ghella (secondo) ha, pure, impugnato il provvedimento di aggiudicazione; nel giudizio si è costituito il RTI De Sanctis (primo) che ha proposto ricorso incidentale, finalizzato ad ottenere l'esclusione della ricorrente dalla procedura di gara, nonché l'Anas.

Il giudizio RG 310/2021 è stato definito con sentenza 27 luglio 2021, n. 5259, nella quale si è statuito:

- che "*l'accoglimento del ricorso introduttivo e dei ricorsi per motivi aggiunti comporta l'esclusione delle controinteressate dalla gara*", ossia del RTI De Sanctis (primo della graduatoria) e del RTI Ghella (secondo);
- che "*è, invece, fondato il motivo di ricorso con cui le controinteressate contestano che la ricorrente abbia omesso di dichiarare gravi illeciti professionali ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. c), c bis) e c ter) del d.lgs. 50/2016*": il che ha comportato, nei confronti del RTI Medil (terzo in graduatoria), l'impossibilità di conseguentemente disporre l'aggiudicazione, "*in quanto la stazione appaltante dovrà valutare se la predetta omissione dichiarativa posta in essere*

*dalla ricorrente stessa comporti l'esclusione anche di quest'ultima o, invece, sia irrilevante ai fini della partecipazione alla gara e della conseguente eventuale aggiudicazione*".

Il giudizio RG n. 377/2021 è stato definito con sentenza 27 luglio 2021, n. 5298, con cui, alla luce delle statuizioni contenute nella sentenza n. 5259/2021, tutti i ricorsi (principale e incidentali) sono stati dichiarati improcedibili.

Avverso tali sentenze sono stati proposti appelli autonomi innanzi al Consiglio di Stato, segnatamente avverso la sentenza del TAR Campania n. 5259/2021 dal RTI De Sanctis (ricorso RG 7553/2021) e dal RTI Ghella (ricorso RG 7614/2021); e avverso la sentenza del TAR Campania n. 5298/2021 dal RTI Ghella (ricorso RG 7615/2021).

Tali giudizi sono stati riuniti.

Con sentenza non definitiva n. 48 del 7 gennaio 2022 la V Sezione:

- ha statuito che "*all'esito dell'esame di tutte le censure relative alla permanenza in gara dell'a.t.i. De Sanctis contenute nei vari appelli proposti, è rimessa alla stazione appaltante di procedere ad una nuova valutazione della sussistenza della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016 alla luce di tutti i fatti emersi nel corso del giudizio*";
- ha statuito che l'accoglimento del ricorso incidentale proposto dal RTI De Sanctis e del RTI Medil "*comporta esclusione dell'a.t.i. Ghella dalla procedura di gara con conseguente assorbimento degli altri motivi proposti dall'a.t.i. De Sanctis nel suo appello incidentale e dei motivi proposti dall'a.t.i. Medil. Dal loro accoglimento, infatti, non potrebbe derivare utilità maggiore*";
- ha analizzato i motivi, proposti dal RTI De Sanctis e dal RTI Ghella, relativi alla reclamata esclusione del RTI Medil, il quale "*avrebbe introdotto una modifica sostanziale al progetto posto a base di gara in violazione del divieto espressamente stabilito dalla lettera di invito. Precisamente, la modifica consisterebbe nella realizzazione della Galleria GA01 mediante il "metodo Milano", vale a dire con "paratia di pali di grande diametro e guscio interno in c.a., gettato in opera (costituito dalla platea di fondazione e dalle contropareti di rivestimento a protezione delle paratie), collegato al cordolo di testa ed un impalcato, a travi prefabbricate in cls armato,*

*precompresso rese colloboranti da una soletta di cls armato" (così nella descrizione contenuta nel motivo di ricorso), laddove, invece, il progetto posto a base di gara prescriveva la realizzazione di una "struttura monolitica scatolare, a doppia canna, interamente gettata in opera"; si tratterebbe di una modifica dell'assetto strutturale – preclusa dalla lettera di invito – per la funzione di mero rivestimento che assumono il cordolo di fondazione (non vincolato ai pali) e le contropareti e per il fatto che "il setto centrale, gettato in elevazione, successivamente alla realizzazione della platea di fondazione, non costituisce vincolo per le travi e non presenta elementi di continuità con il solaio*".

Per dipanare tale questione è stata disposta una verificazione.

Il RTI Medil ha proposto revocazione avverso la sentenza non definitiva n. 48/2022: giudizio iscritto al RG 2889/2022 e, ad oggi, non definito.

Con sentenza (definitiva) n. 4472 del 1° giugno 2022 la V Sezione, in esito alla disposta verificazione, ha statuito che "*l'accertata violazione della clausola di invarianza comporta l'esclusione dell'a.t.i. Medil dalla procedura di gara*".

Il RTI Medil ha proposto revocazione avverso tale sentenza: giudizio iscritto al RG 2889/2022 e, ad oggi, non definito.

Nelle more, l'Anas ha adottato il provvedimento del 23.3.2022, prot. 186515, con cui si è determinata ad "*escludere la presenza dei presupposti di operatività delle cause di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c-bis) e f-bis) del D.Lgs. n. 50 del 2016*", nei confronti del RTI De Sanctis, che, dunque, è stato pienamente riammesso nel procedimento di gara (e, soprattutto, nella posizione di aggiudicatario).

Per completezza occorre evidenziare che il RTI Medil ha proposto ricorso per l'ottemperanza delle sentenze n. 48/2022 e n. 4472/2022, sopra citate: giudizio accolto con sentenza n. 8449 del 3 ottobre 2022, con cui è stata dichiarata la nullità del verbale di A.n.a.s. del 22 marzo 2022 (segnatamente: è stato rilevato che "*confermata l'ammissione del r.t.i. De Sanctis alla procedura di gara, in sede di (ri)valutazione della sua offerta in relazione a quello specifico criterio, il seggio avrebbe dovuto procedere alla determinazione di un nuovo punteggio (evidentemente inferiore) che tenesse conto della dovuta*

*esclusione dai siti di conferimento di quello del Comune di Melizzano per le note ragioni. (…) L'accoglimento dell'ultima censura proposta dal Consorzio stabile Medil porta alla declaratoria di nullità del verbale del seggio di gara del 21 marzo 2022 nei soli limiti specificatamente indicati, vale a dire nella parte in cui è confermato il medesimo punteggio assegnato in gara dalla commissione giudicatrice al r.t.i. De Sanctis. (…) Vanno infine esposte le conseguenze della predetta nullità. Riprendendo le considerazioni svolte ai parr. 3.5. e 3.6. la Sezione ritiene di non procedere alla rideterminazione del punteggio da assegnare all'offerta del r.t.i. De Sanctis né direttamente né a mezzo commissario ad acta, perché tale misura non è idonea ad arrecare ora alcuna utilità o vantaggio alla ricorrente che, come noto, è stata esclusa dalla procedura con la sentenza n. 4472 del 2022 e tale sarà definitivamente qualora i rimedi giurisdizionali proposti siano respinti (e, comunque, decorrano i termini ordinari di impugnazione). Qualora, invece, le sentenze di questa Sezione, e in particola la sentenza n. 4472 del 2022, dovessero essere annullate e il r.t.i. Medil riammesso in gara, il Consorzio Stabile Medil potrà richiedere alla stazione appaltante la rivalutazione del punteggio assegnato al r.t.i. De Sanctis in attuazione del dictum della sentenza n. 48 del 2022 come precisato dall'odierna pronuncia, nonché, in mancanza, la nomina di commissario ad acta*").

Sempre il RTI Medil ha impugnato innanzi al TAR Campania una nota dell'Anas (23.3.2022) nella quale si è rimarcata l'insussistenza di cause di esclusione dalla gara in capo al RTI De Sanctis: giudizio iscritto al RG 2139/2022 e, ad oggi, non definito.

In sostanza, attualmente è aggiudicatario il RTI De Sanctis, seguito da D'Agostino Angelo Antonio Costruzioni Generali s.r.l. e, al terzo posto, è classificata la società ricorrente Webuild S.p.A.

Per queste ragioni, con l'istanza di accesso del 5.7.2022 la ricorrente ha sostenuto che la sentenza del Consiglio di Stato n. 4472/2022 sarebbe "*molto chiara nel sottolineare le conseguenze della violazione del divieto di modifiche dell'assetto strutturale laddove il progetto posto a base di gara prescriveva la realizzazione di una «struttura monolitica scatolare, a doppia canna, interamente gettata in opera»; la Sentenza, correttamente, richiama il fatto che la Lettera*

*di Invito avesse «imposto ai concorrenti in sede di progettazione delle opere d'arte» il pieno rispetto di (i) «asset-to strutturale», (ii) «scansione delle campate», (iii) «schema statico delle opere» e (iv) «tipologia di impalcato delle opere d'arte principali», come riportati in progetto, senza poter fare ricorso ad altri metodi costruttivi – come il "metodo Milano", pena la modifica dello «assetto strutturale, la scansione delle campate, lo schema statico delle opere e la tipologia di impalcato delle opere d'arte principali rispetto al progetto di galleria elaborato dall'A.n.a.s. nel progetto a base di gara ("scatolare a doppia canna")» e la conseguente esclusione dalla gara (giacché, secondo la Sentenza, «non può convenirsi con la tesi (..) per la quale l'accertata difformità costruttiva della galleria rispetto al progetto a base di gara comporterebbe non già l'esclusione ma l'obbligo a suo carico di realizzare la predetta galleria in conformità al progetto della stazione appaltante»";* ha, quindi, chiesto di *"conoscere – con risposta motivata – se le soluzioni progettuali contenute nelle offerte dei concorrenti De Sanctis Costruzioni S.p.a. e D'Agostino Angelo Antonio Costruzioni Generali s.r.l. siano pienamente conformi alla lettera di invito per come interpretata dalla sentenza e quali verifiche siano state condotte per giungere alla conclusione che sarà motivatamente resa in esito alla presente istanza";* ha, inoltre, chiesto *"di conoscere l'esito della verifica condotta nei confronti di De Sanctis Costruzioni S.p.a. e le motivazioni che la sorreggono",* precisando di vantare *"interesse a ricevere queste informazioni in quanto utilmente collocata in graduatoria – ad esito dell'esclusione di Ghella S.p.A. e Consorzio Medil società consortile per azioni – sarebbe aggiudicataria della gara nell'ipotesi in cui anche le soluzioni offerte da De Sanctis Costruzioni S.p.a. e D'Agostino Angelo Antonio Costruzioni Generali s.r.l. non siano conformi alla lettera di invito*".

Nell'impugnato diniego di accesso l'Anas ha opposto: che "*da un punto di vista prettamente pregiudiziale e rituale, nonostante la determina di aggiudicazione (CDG-694850-U del 24 dicembre 2020) in favore del R.t.i. De Sanctis Costruzioni Spa sia stata comunicata a tutti gli interessati, compreso l'attuale istante, con nota recante prot. CDG-0695208-U del 24/12/2020, non risulta che lo stesso abbia mai proposto istanza di accesso agli atti di gara, né che abbia mai promosso alcun ricorso avverso il suddetto provvedimento, non partecipando nemmeno*

*al relativo contenzioso attivato da uno dei concorrenti e conclusosi con sentenza n. 4472/2022 dal medesimo istante citata*"; e che, pertanto, sarebbe "*venuto meno l'interesse per decorrenza dei termini a ricorrere, con conseguente preclusione per il richiedente a far valere eventuali vizi di provvedimenti non tempestivamente proposti*"; ha, poi, soggiunto che "*anche da un punto di vista sostanziale, nel caso si specie viene meno l'interesse legittimo del richiedente (quinto in graduatoria) quale presupposto su cui dovrebbe fondarsi la presente istanza, e ciò in ragione del fatto che, a seguito dello spirare dei termini, non sussistono più in capo all'istante esigenze probatorie e difensive da tutelare. Né, tantomeno, le considerazioni che precedono possono dirsi neutralizzate dal giudizio di esclusione di uno o più concorrenti che precedono codesta società nella graduatoria di gara*"; ha, infine, reso noto che "*nel frattempo, la procedura in oggetto, risulta giunta ormai all'ultima fase delle valutazioni ai fini dell'efficacia dell'aggiudicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 7, del D.lgs. 50/2016*".

A fondamento del ricorso è stata dedotta, con unico motivo, la violazione degli artt. 1, 3, 22, 24 della legge 241/1990; dell'art. 97 della Costituzione e dei principi del giusto procedimento, nonché l'eccesso di potere per sviamento e difetto d'istruttoria.

La ricorrente ha evidenziato di vantare un interesse "*lampante, considerata la necessità (…) di curare e difendere i propri interessi giuridici, eventualmente impugnando il provvedimento di aggiudicazione a De Sanctis dinnanzi al T.A.R.*"; e che "*avuto conoscenza della possibilità che anche De Sanctis e D'Agostino abbiano violato la clausola di invarianza (come peraltro sostenuto anche da Medil), è sorto in capo a Webuild l'interesse a vagliare tale evenienza, poiché comporterebbe la possibilità di vedere escluse dalla gara le ormai uniche due società avanti a essa in graduatoria*" (cfr. pag. 7).

In sostanza, la ricorrente ha rimarcato come "*la conoscenza delle offerte tecniche di De Sanctis e D'Agostino sia indispensabile e necessaria perché consentirebbe di verificare la sussistenza della violazione della clausola di invarianza. Webuild ha pertanto un interesse diretto, concreto e attuale a conoscere la documentazione richiesta in data 5 luglio 2022*"; e che "*qualora Webuild*

*avesse a disposizione le soluzioni progettuali delle altre due concorrenti, sarebbe in grado di valutare l'opportunità di proporre un ricorso giurisdizionale, rinunciandovi qualora ne soppesasse l'infondatezza*" (cfr. pag. 8).

La ricorrente ha proposto, altresì, domanda di risarcimento dei danni "*nella misura che ci si riserva di meglio quantificare in corso di causa*".

Si è costituita in giudizio la società Anas S.p.A. (11.10.2022).

In vista dell'udienza in Camera di Consiglio dell'11 gennaio 2023 la società resistente ha depositato una memoria (22.12.2022), eccependo preliminarmente l'irricevibilità del ricorso per tardività sulla scorta delle statuizioni dell'Adunanza plenaria 2 luglio 2020, n. 12 e, comunque, l'inammissibilità del ricorso per carenza d'interesse sull'assunto che "*l'ottenimento dei documenti oggetto del presente ricorso non consentirebbe comunque a Webuild l'impugnazione degli atti di gara, dalla quale ormai è decaduta*" (cfr. pag. 8); sempre in via preliminare ha eccepito l'inammissibilità del ricorso sul rilievo che la domanda sarebbe "*basata su di un'istanza che, lungi dall'indicare gli atti oggetto di ostensione, si limita a richiedere informazioni generiche all'amministrazione, facendo ricadere su quest'ultima l'onere di individuare ed elaborare la documentazione necessaria ad evadere tale istanza*" (cfr. pag. 9); nel merito ha opposto l'insussistenza di un interesse concreto e attuale; si è, infine, opposta alla domanda risarcitoria.

A tali opposizioni ha replicato la società ricorrente nella memoria depositata il 31.12.2022.

All'udienza in Camera di Consiglio dell'11 gennaio 2023 la causa è stata trattenuta per la decisione.

Il ricorso è inammissibile per difetto d'interesse.

Non è contestato tra le parti, ai sensi dell'art. 64, comma 2 c.p.a., che la stazione appaltante ha disposto l'aggiudicazione in data 24.11.2020 in favore del RTI De Sanctis, ritualmente comunicata alla ricorrente ai sensi dell'art. 76 del codice dei contratti.

Tale provvedimento non è mai stato impugnato dalla ricorrente.

Neppure è stato impugnato dalla ricorrente il provvedimento del 23.3.2022, prot. 186515, con cui l'Anas si è determinata ad "*escludere la presenza dei presupposti di operatività delle cause di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c-bis) e f-bis) del D.Lgs. n. 50 del 2016*", nei confronti del RTI De Sanctis.

Ad oggi, sulla base di quanto precisato nell'impugnato provvedimento di diniego, si è in attesa dell'esito della verifica ex art. 32 del d.lgs. 50/2016 (norma in cui è previsto che "*l'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti*"): circostanza confermata, su esplicita richiesta del Collegio in occasione dell'udienza camerale, dal difensore della stazione appaltante.

Pertanto, qualora tale verifica dovesse concludersi con esito positivo, si consoliderebbe anche sul piano degli effetti l'aggiudicazione disposta in favore del RTI De Sanctis; con la conseguenza che, in tale ipotesi, la ricorrente, che non ha impugnato l'aggiudicazione, vedrebbe definitivamente preclusa la possibilità di aggiudicarsi la commessa.

Qualora, invece, la verifica dovesse concludersi con esito negativo, è verosimile ritenere che la stazione appaltante dovrebbe provvedere a revocare la disposta aggiudicazione ed adottare un nuovo provvedimento di aggiudicazione: in questo caso tale provvedimento potrebbe essere impugnato dalla società ricorrente.

Nondimeno, al momento del passaggio in decisione della presente controversia non risulta, per un verso, più impugnabile l'aggiudicazione disposta in favore del RTI De Sanctis e, per altro verso, la prospettiva di una futura impugnazione è da correlare a poteri non ancora esercitati ai sensi dell'art. 34, comma 2 c.p.a.

Alla luce di quanto rilevato difetta, dunque, l'interesse ad impugnare l'aggiudicazione e, di riflesso, l'interesse ad ottenere copia delle offerte tecniche chieste in data 5.7.2022.

A ciò va aggiunto che l'istanza del 5.7.2022, formalmente prefigurata come domanda di accesso ai sensi dell'art. 24 della legge 241/1990, ad avviso del Collegio costituisce, piuttosto, una domanda di riesame in autotutela dell'esito delle operazioni di gara, più specificamente delle offerte tecniche (contenenti le "*soluzioni progettuali*" di cui si chiede l'ostensione) delle due concorrenti che, allo stato, precedono la ricorrente.

Nella sentenza del Consiglio di Stato n. 4472/2022, però, si è dato conto che la verificazione è stata disposta nei soli confronti del RTI Medil ed "*ha fornito indicazioni precise; nella parte conclusiva della relazione il verificatore ha chiarito che: "Il passaggio dallo scatolare di progetto, che è un'opera iperstatica, dotata di elevata rigidità, alla struttura introdotta con il "metodo Milano", che, invece, risulta essere nella sostanza, e nel calcolo proposto, un'opera isostatica, come evidenziato in precedenza, produce una sensibile modifica dello schema statico, che implica una serie di variazioni, anche significative, al comportamento statico dell'opera, oltre che alle potenziali rotazioni relative degli elementi che la compongono, che non sono trascurabili. Infatti, nel progetto posto a base di gara, la soletta della galleria è continua con i piedritti e, pertanto, tale vincolo di continuità non consente alle sezioni in estremità una rotazione relativa, come invece accade per la proposta Medil", e, pertanto, ha risposto al quesito che gli era stato posto in questi termini: "utilizzando il "metodo Milano" per la progettazione della galleria GA01 il concorrente [ha] modificato l'assetto strutturale, la scansione della campate, lo schema statico delle opere e la tipologia di impalcato delle opere d'arte principali rispetto al progetto di galleria elaborato dall'A.n.a.s. nel progetto a base di gara ("scatolare a doppia canna")"*".

Analoga verifica non è stata mai disposta nei confronti di nessun altro concorrente (neppure della stessa ricorrente).

Di conseguenza, l'istanza di accesso – che, di converso, dissimila una domanda di riesame in autotutela delle offerte tecniche delle prime due classificate – non può dirsi affatto sorretta da un interesse concreto e attuale, quanto, piuttosto, da un interesse eventuale (che, del resto, emerge dal tenore della domanda ostensiva, volta a sondare la "*possibilità che anche De Sanctis e D'Agostino abbiano violato la clausola di*

*invarianza*"): un interesse che potrebbe acquisire i connotati della concretezza e attualità – oltre che nell'ipotesi, sopra delineata, di revoca dell'aggiudicazione e di nuova aggiudicazione – solo se scaturisse da una discrezionale rivalutazione da parte della stazione appaltante.

Si è, peraltro, affermato in giurisprudenza che "*per effetto dell'art. 31, comma 3, del c.p.a. - avente applicazione generale, sia che l'Amministrazione rimanga inerte sia che emani un provvedimento espresso di diniego - per la definizione dell'intero rapporto sostanziale, vengono dettati i seguenti limiti: soltanto quando si tratti di attività vincolata o quando risulti che non residuano ulteriori margini di discrezionalità, il giudice potrà spingersi sino alla verifica dell'esistenza in concreto dei presupposti e requisiti in presenza dei quali il ricorrente può ottenere il provvedimento richiesto. Dall'art. 34, comma 2, del c.p.a. - alla cui stregua il giudice non può pronunciarsi "con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati" (art. 34, comma 2) - si desume invece che non sono consentite domande di tutela preventiva dell'interesse legittimo, dirette cioè ad orientare l'azione futura dell'Amministrazione, prima che questa abbia ancora provveduto*" (cfr. Corte di Cassazione, sezioni unite, 7 settembre 2020, n. 18592, pronunciatesi in merito ad un eccesso di potere giurisdizionale riveniente da una sentenza del Consiglio di Stato).

Le sezioni unite, peraltro, hanno sottolineato che "*lo stesso codice del processo amministrativo, pur non tratteggiando un modello compiuto, consente di delineare in via interpretativa un dispositivo di chiusura del sistema, volto a scongiurare l'indefinita parcellizzazione giudiziaria di una vicenda sostanzialmente unitaria*".

Il che è proprio quanto emerge dall'analisi dei presupposti fondativi della domanda della ricorrente, volta a sollecitare l'esercizio del potere della stazione appaltante sul presupposto che "*qualora anche De Sanctis e D'Agostino avessero violato la clausola d'invarianza, Webuild potrebbe vedersi aggiudicata la gara*" (cfr. pag. 8): un presupposto auspicato, avendo sempre la ricorrente prefigurato di rinunciare all'ipotizzata azione "*qualora ne soppesasse l'infondatezza*".

Senza contare, infine, che l'accesso alle offerte tecniche ed in particolare alla progettazione implicherebbe, in modo assai probabile se non certo, il disvelamento di segreti tecnici/commerciali e del contenuto delle eventuali migliorie proposte: profili in ordine ai quali la giurisprudenza ha puntualmente statuito che "*la mera intenzione di verificare e sondare l'eventuale opportunità di proporre ricorso giurisdizionale (anche da parte di chi vi abbia, come l'impresa seconda graduata, concreto ed obiettivo interesse) non legittima un accesso meramente esplorativo a informazioni riservate, perché difetta la dimostrazione della specifica e concreta indispensabilità a fini di giustizia*" (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 13 luglio 2021, n. 5286).

L'inammissibilità del ricorso determina l'assorbimento delle ulteriori eccezioni preliminari e comporta il rigetto della domanda risarcitoria, peraltro genericamente proposta e non successivamente coltivata.

Si ravvisano i presupposti per disporre la compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile nei sensi espressi in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente

Angelo Fanizza, Consigliere, Estensore

Giuseppe Bianchi, Referendario

| L'ESTENSORE | IL PRESIDENTE |
|---|---|
| **Angelo Fanizza** | **Roberto Politi** |

IL SEGRETARIO