

Consiglio di Stato, sez. V, 17 giugno 2014 n. 3079 (sull'accesso agli atti di gara)

La controversia in esame riguarda l'impugnazione del diniego di accesso agli atti della procedura di gara indetta per il conferimento dei servizi "*nido d'infanzia e centro bambini genitori*", alla quale il ricorrente/appellante aveva partecipato, venendone escluso per carenza dei requisiti economico – finanziari.

Il Consiglio di Stato ha confermato la decisione del TAR Emilia Romagna - Parma, sez. I, 21 ottobre 2013, n. 293, la quale aveva dichiarato inammissibile il ricorso. E ciò sulla base della considerazione che il ricorrente, non avendo impugnato la propria esclusione dalla gara, non rivestiva una posizione differenziata e non era di conseguenza titolare di un interesse qualificato all'accesso. Pertanto, la richiesta di ostensione del ricorrente, avendo perso la finalità precipua di strumento per la tutela di interessi individuali, si atteggiava a controllo generalizzato sull'operato della stazione appaltante ed in quanto tale non consentito dall'art. 24, comma 7 della legge n. 241 del 1990.

In particolare, il Consiglio di Stato ha osservato che:

- in base al combinato disposto dell'art. 24 della l. n. 241 del 1990 e dell'art. 13 del d. lgs. n. 163 del 2006, nonché in base ai principi affermati dalle Adunanze Plenarie n. 4 del 2011 e n. 9 del 2014 (in materia di legittimazione al ricorso del concorrente escluso dalla procedura di gara), il ricorrente, escluso dalla gara con provvedimento divenuto definitivo, è carente della legittimazione e dell'interesse all'accesso agli atti di gara, consentito a mente dell'art. 13 del d. lgs. cit., ove "*sia necessario per curare o per difendere i propri interessi giuridici*";
- invero, la disciplina contenuta nell'art. 13 del codice dei contratti pubblici - con la previsione di particolari limiti oggettivi e soggettivi all'accessibilità degli atti concernenti le procedure di affidamento dei contratti pubblici e l'introduzione di veri e propri doveri di non divulgare il contenuto di determinati atti, assistiti da apposite sanzioni di carattere penale, destinata a regolare in modo completo tutti gli aspetti relativi alla conoscibilità degli atti e dei documenti rilevanti nelle diverse fasi di formazione ed esecuzione dei contratti pubblici - costituisce una sorta di microsistema normativo, collegato alla peculiarità del settore considerato, pur all'interno delle coordinate generali dell'accesso tracciate dalla l. n. 241 del 1990;
- la norma, che sembra ripetere, specificandoli, i principi dell'art. 24 della legge n. 241 del 1990 sul bilanciamento degli interessi contrapposti alla trasparenza ed alla

riservatezza, è più puntuale e restrittiva, definendo esattamente l'ambito di applicazione della esclusione dall'accesso, ancorandola, sul versante della legittimazione soggettiva attiva, al solo concorrente che abbia partecipato alla selezione (la preclusione all'accesso è invece totale qualora la richiesta sia formulata da un soggetto terzo, che pure dimostri di avere un interesse differenziato, alla stregua della legge generale sul procedimento) e sul piano oggettivo, alla sola esigenza di una difesa in giudizio (in questa prospettiva, quindi, la previsione è molto più restrittiva di quella contenuta nell'art. 24, l. n. 241 cit., la quale contempla un ventaglio più ampio di possibilità consentendo l'accesso ove necessario per la tutela della posizione giuridica del richiedente, senza alcuna restrizione alla sola dimensione processuale);

- ne consegue la necessità di un accurato controllo in ordine alla effettiva utilità della documentazione richiesta. Tale giudizio prognostico, anche quando è effettuato dal giudice secondo il rito speciale divisato dall'art. 25, l. n. 241 cit., non può prescindere dalle eventuali preclusioni processuali in cui sia incorso il richiedente, quale nel caso in esame, l'esclusione della istante dalla gara con provvedimento divenuto definitivo, essendo scaduti i termini per proporre ricorso. Tale rigorosa interpretazione si impone alla luce dei principi affermati dalla Corte di giustizia delle Comunità europee (causa C-450/06), in tema di bilanciamento, nelle controversie in materia di appalti, fra esigenze di difesa delle parti e tutela della riservatezza delle imprese e dei loro segreti commerciali (quali espressione dei superiori valori della concorrenza e del mercato); la Corte ha infatti elaborato in maniera innovativa le disposizioni, *ratione temporis* applicabili, sancite dagli artt. 1, n. 1 direttiva 89/665/Cee, 15, n. 2, direttiva 93/36/Cee (ora art. 6 della direttiva 2004/18/Ce), che disciplinano la relazione fra tra diritto di accesso e diritto alla riservatezza delle imprese, affermando che non solo le stazioni appaltanti ma anche gli organi giurisdizionali nazionali investiti di un ricorso concernente le determinazioni inerenti l'aggiudicazione di un appalto pubblico, oltre a garantire la sicurezza delle informazioni acquisite giudizialmente, devono poter decidere di non trasmettere alle parti tali informazioni se ciò risulti necessario a garantire la tutela della leale concorrenza o degli interessi legittimi degli operatori economici.

In dottrina si segnalano, fra gli altri: CARINGELLA – GAROFOLI – SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003; BISCHI, *Accesso agli atti e privacy*, in *Repertorio degli appalti pubblici*, (a cura di) PERFETTI, Padova, 2005; SECCI, *L'accesso ai documenti*, Milano, 2005; BOHUNY, *Art. 13, La disciplina dei contratti pubblici (commentario al codice appalti)*, (a cura di) BALDI e TOMEI, Milano, 2007, 129 ss.; CARINGELLA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in *AA.VV., I contratti di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2007, 93 ss.; DE NICTOLIS, *La riforma del Codice appalti*, in *urb. e app.*, 2009, 26 ss.; CONTALDI, *Art. 13 d.lgs. n. 163/2006*, in *BARTOLINI – FANTINI – FERRARI, Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2009, 921 ss.; LIPARI, *Il recepimento della "Direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, in *www.federalim.it*, 7/2010; DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, in *www.giustizia.amministrativa.it*; BARTOLINI – FANTINI – VIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, in *Urb. e app.*, 2010, 6, 638 ss.; GIANI, *La pluralità di regimi di accesso agli atti in materia di appalti*, in *Urb. e app.*, 2010, 1311; LONGO, *L'accesso agli atti di gara e il bilanciamento tra tutela della riservatezza e il diritto all'accesso alla documentazione suscettibile di rivelare il know-how di un'impresa*, in *Foro Amm. – CDS*, 2010, 1992; DE PAULI, *L'actio exhibendum nel giudizio in materia di appalti*, in *Urb. e app.*, 2011, 8, 947; CARBONE, VICARIO, *Diritto di accesso ai pareri legali relativi ai contratti pubblici*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2011, 9, 988; GUALDANI, *L'accesso agli atti di gara da parte di un'impresa non concorrente*, in *Foro*

Amm. – CDS, 2011, 1678; BUONAURO, L'accesso agli atti di gara, in Riv. Nel Diritto, 2012, 669; FRACCASTORO, Il diritto di accesso agli atti di gara, in Corr. Merito, 2012, 4, 335.

In giurisprudenza: Cons. St., sez. V, 24 marzo 2014, n.1446; *id.* 29 marzo 2011, n. 1927; *id.* 15 luglio 2013, n. 3852; Cons. St., sez. IV, 22 maggio 2012, n. 2974; *id.*, 1 febbraio 2010, n. 524; TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 10 maggio 2011, n. 4081; CGCE, sez. III, 14 febbraio 2008, *in causa C-450/06, Varec.*

A.P.