

Esclusione dalla gara e diniego di accesso agli atti (Nota a Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 3319 del 28 maggio 2009).

DI FEDERICA BARONE

SOMMARIO: 1. La vicenda che ha originato la pronuncia. 2. I confini normativi del diritto di accesso nella materia *de qua*. 2.1. Il diritto di accesso nella legge 7 agosto 1990, n. 241. 2.2. La disciplina speciale dettata per i procedimenti di affidamento dei contratti pubblici – l'articolo 13 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163. 3. La legittimazione all'accesso. 3.1. Le ipotesi di esclusione dalla gara... 3.2.e quelle, assimilabili, di mancata partecipazione.

1. La vicenda che ha originato la pronuncia.

La società XXX partecipava alla procedura indetta dal Comune YYY per la progettazione, attuazione e gestione di un nodo di scambio cittadino tramite la tecnica della finanza di progetto.

La proposta della società XXX veniva giudicata dalla stazione appaltante non fattibile né idonea: ne conseguiva la sua esclusione dalla procedura di gara.

In pendenza della procedura selettiva, la società XXX impugnava, in sede giurisdizionale, gli atti inerenti la valutazione tecnica delle proposte presentate; veniva altresì richiesto al giudice adito di ordinare il deposito in giudizio della documentazione amministrativa inerente la gara, con particolare riferimento alla proposta base ed alla proposta generale della controinteressata, completa di tutta la documentazione tecnica ed economica. L'istanza incidentale di accesso agli atti si era in effetti resa necessaria a causa del diniego opposto dal Comune YYY a fronte di una prima formale richiesta di accesso inoltrata dalla società XXX, fondato sull'opposizione manifestata dalla controinteressata ATI Delta, ammessa al prosieguo della gara.

I rilievi difensivi della società XXX, imperniati sulla garanzia del diritto di accesso alla documentazione amministrativa, segnatamente ove preordinato e funzionalizzato all'esercizio del diritto di difesa, venivano considerati privi di pregio dal giudice di prime cure, che si pronunciava nel senso della inammissibilità dell'istanza, attesa la carenza, in capo alla ricorrente, della necessaria posizione legittimante.

Da ultimo, il Consiglio di Stato, adito dalla società soccombente per la riforma della sfavorevole pronuncia, ha confermato le statuizioni del T. A. R. con la sentenza che ci si accinge a commentare.

2. I confini normativi del diritto di accesso nella materia de qua.

2.1 Il diritto di accesso nella legge 7 agosto 1990, n. 241.

Con la legge 7 agosto 1990, n. 241¹, ed, in particolare, con le disposizioni dettate in materia di diritto di accesso, il Legislatore ha posto su un livello di primissimo piano l'applicazione del principio di trasparenza dell'attività amministrativa, che può recedere, in un delicato sistema di bilanciamento, solo qualora vengano in rilievo preminenti interessi costituzionalmente garantiti. Le previsioni in materia di accesso contenute agli articoli 22 e seguenti della legge n. 241/90², completate con l'adozione del D. P. R. 12 aprile 2006, n. 184³, hanno ridisegnato il rapporto tra pubblica amministrazione e soggetti amministrati, ponendo fine al c.d. "segreto amministrativo", almeno nell'accezione che lo rapporta alla qualità dei soggetti che detengono le informazioni⁴.

La disciplina dettata dalla legge n. 241/90 in materia di accesso, che è importante descrivere, seppur sommariamente, poiché ad essa rinvia l'articolo 13 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 – Codice dei contratti pubblici⁵, è retta dai seguenti principi:

- a) Il diritto di accesso, inteso come diritto di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi, è garantito a tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale a venire a conoscenza del contenuto di determinati atti purchè tale interesse sia collegato effettivamente al contenuto del documento richiesto e corrisponda ad una situazione giuridicamente tutelata (articolo 22, comma 1, lettere a) e b);
- b) per "documento amministrativo" si intende ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale (articolo 22, comma 1, lettera d);

¹ Recante "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi" (in G. U. 18 agosto 1990, n. 192).

² E sue successive modifiche e integrazioni, avvenute soprattutto, nella materia *de qua*, ad opera della legge 11 febbraio 2005, n. 15 e del Decreto Legge 14 maggio 2005, n. 35, convertito in legge 14 maggio 2005, n. 80.

³ Il D. P. R. n. 184/2006, "Regolamento recante la disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi" (G. U. 18 maggio 2006, n. 114), ha abrogato il precedente D. P. R. del 27 giugno 1992, n. 352.

⁴ Camarda, *Art. 13*, in *Codice dei contratti pubblici – commento al d. lvo 12 aprile 2006, n. 163*, Milano, 2007.

⁵ Il quale, come vedremo, reca disposizioni in materia di accesso agli atti e divieti di divulgazione nell'ambito delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici.

- c) il diritto di accesso si esercita nei confronti delle pubbliche amministrazioni, delle aziende autonome e speciali, degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi (articolo 23);
- d) l'accesso è escluso per i documenti coperti da segreto di Stato, per quelli inerenti ai procedimenti tributari, per quelli finalizzati all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per quelli contenenti informazioni di carattere psicoattitudinale nell'ambito delle procedure selettive, per quelli previsti con regolamento governativo adottato ai sensi dell' articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con riferimento ad ipotesi previamente individuate dalla stessa legge n. 241/90, tra le quali assumono particolare rilevanza ai nostri fini i documenti che riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi ... professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono (articolo 24, commi 1 e 6); in ogni caso, 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 (articolo 24, comma 7);
- e) Non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni (articolo 24, comma 3);
- f) L'accesso ai documenti amministrativi non può essere negato ove sia sufficiente fare ricorso al potere di differimento (articolo 24, comma 4);
- g) La richiesta di accesso deve essere motivata, così come devono essere motivati il diniego, il differimento o la limitazione dell'accesso (articolo 25, commi 2 e 3);
- h) In caso di diniego, espresso o tacito, alla richiesta di accesso, o in caso di differimento, l'interessato può presentare ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale, il quale si pronuncerà in camera di consiglio entro trenta giorni dalla scadenza del termine fissato per il deposito del ricorso (articolo 25, comma 4 e ss.)⁶.

⁶ Per approfondimenti in materia di diritto di accesso agli atti, si segnala la seguente bibliografia: Antonio Gerardo Diana, *Il diritto di accesso e la tutela dell'interesse qualificato del cittadino verso la pubblica amministrazione*, CEDAM, 2000; Pietro Perlingieri, *La pubblica amministrazione e la tutela della Privacy: gestione e riservatezza dell'informazione nell'attività amministrativa*, ed. ESI, 2003; 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; Lamanna Di Salvo D. – Raimondo G., *Gli orientamenti giurisprudenziali sul diritto di accesso*, in *Giurisprudenza di merito*, 2008, fasc. 2, pagg. 310-322; Taurozzi A., *L'accesso ai documenti amministrativi: tra esigenza di trasparenza e tutela della concorrenza*, in *Cooperative e consorzi*, 2008, fasc. 5, pagg. 305-309; Nicodemo G.F., *L'accesso ai documenti della P.A.: alcune questioni aperte*, in *Rivista amministrativa*, 2008, fasc. 5-6, pagg. 247-270.

2.2 La disciplina speciale dettata per i procedimenti di affidamento dei contratti pubblici – l'articolo 13 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163⁷.

L'articolo 13 del Codice dei contratti pubblici, rubricato "accesso agli atti e divieti di divulgazione", si inserisce nell'ambito della disciplina generale di cui alla legge n. 241/90, cui espressamente rinvia, al fine di dettare disposizioni specifiche per il settore delle procedure di affidamento dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture⁸.

La ragione sottesa a tale scelta legislativa è abbastanza intuitiva: i documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni aggiudicatrici di cui viene richiesta l'ostensione, non sono, normalmente, documenti formati dalle medesime amministrazioni, ma atti che provengono da soggetti privati (concorrenti della medesima gara cui partecipa il soggetto che richiede l'accesso). La giurisprudenza, in effetti, è intervenuta più volte sull'argomento, chiarendo che tutti gli atti prodotti in sede di gara, ivi comprese le offerte economiche, le relazioni tecniche, i progetti, i verbali della commissione, costituiscono documenti amministrativi ai sensi della legge n. 241/90, e sono perciò soggetti all'accesso, perché "...comunque utilizzati ai fini dell'attività amministrativa inerente alla scelta del contraente"⁹.

Ciò premesso, l'articolo 13 si premura di indicare le ipotesi in cui l'accesso agli atti di gara, comprese le candidature e le offerte, è differito o escluso, fatta salva la disciplina prevista dal Codice per gli appalti segreti o la cui esecuzione richieda particolari misure di sicurezza.

Il differimento, con chiara eco delle disposizioni di cui al previgente articolo 22 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (vd. nt. 7), opera:

⁷ L'articolo 13 del D. Lgs. n. 163/2006 è stato commentato da una nutrita dottrina. Tra gli altri, si segnala: Bohuny, *Art. 13*, in *La disciplina dei contratti pubblici (commentario al codice appalti)*, a cura di Baldi e Tomei, Milano, 2007, pagg. 129 e ss.; Camarda, *op. cit.*; Cancrini – Piselli – Capuzza, *La nuova legge degli appalti pubblici, Commentario al codice degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Roma, 2008.

⁸ In precedenza, la materia era regolata unicamente dall'articolo 22 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 - legge quadro in materia di lavori pubblici (abrogata dall'articolo 256 del Codice dei contratti pubblici), il quale vietava tassativamente alle amministrazioni aggiudicatrici, in deroga alla normativa vigente in materia di procedimento amministrativo, di comunicare a terzi o di rendere in qualsiasi modo noto l'elenco dei soggetti che avessero presentato offerte (nel caso di pubblici incanti) prima della scadenza del termine per la loro presentazione, o che avessero fatto richiesta di invito o segnalato il loro interesse (nei casi di licitazione privata, appalto-concorso, o gara informale) prima delle comunicazioni ufficiali da parte della stazione appaltante. Tuttavia, la *ratio* di tale previsione era non tanto quella di tutelare la sfera di riservatezza dei partecipanti alla gara o delle imprese aspiranti all'invito, quanto quella di garantire la correttezza e la trasparenza dei comportamenti connessi alla presentazione delle offerte o degli inviti, e di arginare la prassi degli accordi collusivi tra le imprese (Consiglio di Stato, sez. VI, 12 aprile 2005, n. 1678; vd. anche la determinazione dell'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici n. 25 del 22 maggio 2000); tanto più che, secondo la giurisprudenza, si trattava di un'ipotesi di mero e temporaneo differimento dell'accesso, e non già di esclusione in senso proprio (T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 3 settembre 2002, n. 3827).

⁹ T. A. R. Puglia Bari, n. 3827/02, *già cit.*

- a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;
- b) nelle procedure ristrette e negoziate, e in ogni ipotesi di gara informale, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare;
- c) in relazione alle offerte, fino all'approvazione dell'aggiudicazione.
- d) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione definitiva (articolo 13, comma 2).

Le predette categorie di atti, fino ai termini ivi previsti, non possono essere comunicate a terzi o rese in qualsiasi altro modo note, pena l'applicazione, per i pubblici ufficiali o gli incaricati di pubblici servizi che incorrano in questa violazione, dell'articolo 326 del codice penale¹⁰.

Il diritto di accesso è invece escluso per le informazioni contenute nelle offerte che, secondo comprovata dichiarazione del concorrente, rivelino segreti tecnici o commerciali; per ulteriori aspetti riservati delle offerte, da individuarsi in sede di regolamento; per i pareri legali acquisiti dalle stazioni appaltanti per la soluzione di controversie, anche solo potenziali, relative ai contratti pubblici; per le relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve dell'esecutore del contratto (articolo 13, comma 5).

Se la *ratio* del differimento va identificata nell'esigenza di rinviare l'accesso ad un momento nel quale il suo esercizio non potrà in alcun modo influire negativamente sulla regolarità della procedura, la previsione dell'esclusione è il portato di una valutazione compiuta a monte dal Legislatore, il quale ha reputato che in determinate ipotesi il diritto di accesso debba recedere, essenzialmente a salvaguardia del diritto alla riservatezza dei partecipanti, ma ad eccezione del caso in cui il concorrente abbia l'esigenza di esercitarlo *"...in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso"* (articolo 13, comma 6)^{11 12}.

¹⁰ "Rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio", reato punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

¹¹ Rispetto alla parallela previsione di cui all'articolo 24, comma 7 della legge n. 241/90, quest'ultima si differenzia per l'uso della locuzione *"...in vista della difesa in giudizio..."*: una formula che appare talmente generica da far ritenere che il Legislatore abbia inteso riconoscere la possibilità che l'istanza, da parte del concorrente non aggiudicatario, possa essere presentata anche prima che la causa sia instaurata, purchè tale intenzione sia chiaramente esplicitata nella parte motiva della richiesta.

3. La legittimazione all'accesso.

3.1. Le ipotesi di esclusione dalla gara...

L'appellante XXX ha sottoposto all'esame del Consiglio di Stato, invocandone la riforma¹³, la sentenza del T. A. R. Lazio n. 6488 del 9 luglio 2008, che, per quanto di interesse, aveva disatteso le pretese avanzate dalla stessa in merito all'esibizione in giudizio di tutta la documentazione amministrativa inerente la gara.

Il T. A. R. Lazio, in applicazione di una giurisprudenza consolidata e dei principi sanciti dalla legge n. 241/90, ha chiarito, quanto alla posizione legittimante del soggetto interessato all'accesso, che la parte ricorrente, in un'ottica di necessaria strumentalità che ricongiunge l'esercizio di tale posizione giuridica ai fini di tutela della sottostante posizione sostanziale, non ha titolo alla conoscenza di elementi documentali (quali gli elaborati progettuali delle ditte ammesse al prosieguo della procedura) che assumono carattere di insanabile estraneità rispetto alla determinazione rappresentata dall'esclusione. La giurisprudenza ha ripetutamente avuto modo di affermare, infatti, che il diritto di accesso presuppone comunque la sussistenza di un interesse (necessariamente connotato da attualità) ai fini della tutela di situazioni giuridicamente rilevanti (e cioè un interesse personale concreto, ricollegabile da uno specifico nesso al soggetto che avanza la pretesa) e che la documentazione richiesta sia direttamente riferibile a tale interesse. Ne consegue che il diritto di accesso ai documenti amministrativi non può essere utilizzato quale strumento per esaminare l'efficacia e la congruità dell'attività amministrativa, al solo scopo di sottoporre l'operato dell'amministrazione ad un'analisi diffusa di tipo essenzialmente ispettivo, sul comportamento e sulle scelte operate nell'azione amministrativa, ma riceve, piuttosto, carattere di attuale concretezza solo strumentalmente alla situazione giuridica per la tutela della quale viene esercitato. Se, nella fattispecie, tale situazione è rappresentata (unicamente) dalla contestata legittimità della disposta esclusione, rimangono prive di rilevanza, per la posizione

¹² Il delicato bilanciamento tra i contrapposti interessi viene risolto dalla giurisprudenza per lo più in favore dell'accessibilità; si è spesso affermato che con la partecipazione ad una gara la documentazione prodotta viene sottoposta a valutazione comparativa e fuoriesce dalla sfera di dominio riservato della singola impresa (T. A. R. Campania Napoli, sez. V, 10 ottobre 2008, n. 14691; T. A. R. Puglia Bari, sez. I, 6 giugno 2007, n. 1473; T. A. R. Lazio Roma, sez. II, 16 maggio 2007, n. 4555 e 4 maggio 2007, n. 3999; T. A. R. Sicilia Palermo, 5 luglio 2006, n. 1576); d'altro lato, a fronte di un contrapposto diritto alla riservatezza dell'impresa aggiudicataria, il diritto di accesso è idoneo a prevalere nella forma attenuata della visione degli atti, e solo per gli atti o per le parti di essi la cui conoscenza sia necessaria per curare gli interessi giuridici del richiedente (Consiglio di Stato, A. P., 4 febbraio 1997, n. 5 e sez. IV, 9 gennaio 2004, n. 14).

¹³ Per violazione e falsa applicazione dell'articolo 22 della legge n. 241/90, per insufficiente motivazione, per la sussistenza dell'interesse strumentale alla documentazione richiesta, e, ancora, per violazione degli artt. 22 e ss. della legge n. 241/90 e dell'articolo 13 del Codice.

giuridica al riguardo vantata dal ricorrente (e dal medesimo azionata mediante proposizione di impugnativa), le successive vicende della procedura di *project financing*: dovendosi, conseguentemente, dare atto dell'attuale carenza di interesse alcuno in capo alla ditta ai fini della conoscenza dei progetti presentati dalla controinteressata ed ammessi al prosieguo della procedura. Soltanto i soggetti utilmente ammessi alla ponderazione comparativa delle offerte (e non, quindi, quelli esclusi) si trovano destinatari di una posizione qualificata e differenziata la quale, pur nella necessaria osservanza delle modalità temporali che assistono la conoscibilità degli atti (differimento ex art. 13 D.Lgs. 163/2006), consente ai medesimi l'esercizio del diritto di accesso relativamente alle proposte presentate dagli altri concorrenti, laddove il pregiudizio dai primi lamentati (e, conseguentemente, le esigenze di tutela che essi intendano far valere) trovi fondamento proprio nello svolgimento dell'attività di selezione e valutazione delle offerte.

Il Consiglio di Stato, con la pronuncia in commento, ha condiviso *in toto* le osservazioni del giudice di prime cure, soffermandosi, in particolare, e nell'ambito di una procedura di selezione del soggetto promotore, sull'accessibilità degli atti costituenti una proposta dichiarata di pubblico interesse.

Come noto, l'interesse che muove il promotore, ovvero, il soggetto in possesso di determinati requisiti che all'esito delle procedure di cui agli articoli 152 e ss. del Codice dei contratti, secondo uno studio di fattibilità predisposto dalla stazione appaltante o adottato ai sensi del comma 19 dell'articolo 153, finanzia in tutto o in parte con capitali propri la realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità, è quello, finale, di ottenere la concessione; l'interesse a vedere prescelto il proprio progetto, pertanto, è interesse meramente strumentale, e tale strumentalità consente di concepire l'intera procedura come unitaria¹⁴. Ciò vuol dire che la dichiarazione di pubblico interesse di un determinato progetto, per quanto costituisca concreta manifestazione dell'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione, non assicura di per sé al soggetto presentatore alcuna diretta ed immediata utilità, e che nessuna autonomia può essere riconosciuta alla fase che si compie con la selezione del progetto. Ne deriva che l'accesso agli atti della fase culminata con la dichiarazione di pubblico interesse deve essere differito al momento della conclusione del procedimento di gara, ovvero, all'aggiudicazione della concessione¹⁵.

¹⁴ Consiglio di Stato, sez. V, 25 gennaio 2005, n. 142.

¹⁵ Consiglio di Stato, sez. IV, 26 gennaio 2006, n. 391; a tale proposito è decisiva la constatazione che un simile accesso consentirebbe al richiedente (cui non è interdetta la partecipazione alla fase della gara ad evidenza pubblica per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa) di conoscere gli elementi costitutivi del piano economico – finanziario del progetto posto a base di gara, con alterazione della *par condicio* tra i concorrenti.

Le conclusioni del T. A. R. Lazio relative alla carenza della posizione legittimante del richiedente l'accesso che sia stato escluso dal prosieguo della gara, fatte proprie dal Supremo Collegio nella pronuncia che ci impegna, ci rimandano ad un interrogativo più generale: quali sono le caratteristiche dell'interesse che fonda e sorregge il diritto di accesso agli atti?

Il punto di partenza dell'indagine non può che essere rappresentato dall'articolo 22, comma 1, della legge n. 241/90, richiamato in precedenza, a mente del quale il "diritto" di accesso è garantito a tutti i soggetti privati che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale a venire a conoscenza del contenuto di determinati atti purchè tale interesse sia collegato effettivamente al contenuto del documento richiesto e corrisponda ad una situazione giuridicamente tutelata.

A prescindere dalla discussione sorta relativamente alla natura del "diritto" di accesso¹⁶, è innegabile che questa peculiare situazione giuridica soggettiva conserva comunque carattere di strumentalità, poiché è inevitabilmente funzionale al soddisfacimento di un interesse ad esso sotteso¹⁷.

Ciò nonostante, la giurisprudenza ha configurato il diritto di accesso come autonomo diritto soggettivo all'informazione¹⁸, attribuito per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti e a prescindere dall'attualità dell'interesse ad agire per la difesa, in sede giudiziale, di una posizione di diritto soggettivo o interesse legittimo. In questo senso, è stato affermato che il diritto di accesso non assume carattere meramente strumentale alla difesa in giudizio della situazione sottostante, ma ha una valenza autonoma, non dipendente dalla sorte del processo principale e dalla stessa possibilità di instaurazione del medesimo. La posizione che legittima l'accesso non deve, quindi, possedere tutti i requisiti che legittimerebbero al ricorso avverso l'atto lesivo della posizione soggettiva vantata, ma è sufficiente che l'istante sia titolare di una posizione giuridicamente rilevante e che il suo interesse si fondi su tale posizione. Infatti, con l'introduzione dell'azione a tutela dell'accesso, il legislatore avrebbe inteso assicurare all'amministrato la trasparenza della

¹⁶ La *vexata quaestio* in ordine alla natura del diritto di accesso sembrava sopita dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 24 giugno 1999, n. 16, che lo aveva descritto come diritto "in senso atecnico", a causa della previsione di termini perentori per l'impugnazione dei provvedimenti lesivi. Tuttavia, la giurisprudenza ha seguito ad alimentare sia la tesi del diritto soggettivo (*ex multis*: Consiglio di Stato, sez. VI, ordinanze n. 4686 del 9 settembre 2005 e n. 2954 del 7 giugno 2005; 12 aprile 2005, n. 1679; 27 maggio 2003, n. 2938) sia la tesi dell'interesse legittimo (*ex multis*: Consiglio di Stato, sez. V, 7 aprile 2004, n. 1969; 8 settembre 2003, n. 5034). Peraltro, con la decisione n. 6 del 18 aprile 2006, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato non ha ritenuto utile (né opportuno), ai fini della *quaestio* sottoposta al suo esame, pronunciarsi in ordine alla natura giuridica del cd. diritto di accesso agli atti amministrativi. Che sia interesse legittimo o diritto soggettivo, l'azione deputata al suo esercizio, osserva il Supremo Collegio, soggiace al termine decadenziale previsto dalla legge sul procedimento (l. 241/1990, art. 25).

¹⁷ Così A. Ferrucci, *Diritto di accesso e riservatezza: osservazioni sulle modifiche alla l. 241/90*, in www.giustamm.it.

¹⁸ Consiglio di Stato, sez. VI, 22 ottobre 2002, n. 5818: in tal senso, l'autonomia del diritto risponderebbe alla precipua finalità di assicurare la trasparenza e l'imparzialità dell'azione amministrativa.

pubblica amministrazione, indipendentemente dalla lesione, in concreto, di una determinata posizione di diritto o di interesse legittimo; l'interesse alla conoscenza dei documenti amministrativi viene elevato a bene della vita autonomo, meritevole di tutela separatamente dalle posizioni sulle quali abbia poi ad incidere l'attività amministrativa, eventualmente in modo lesivo. Di conseguenza, il rimedio speciale previsto a tutela del diritto di accesso deve ritenersi consentito anche in assenza di una rituale impugnazione degli esiti di una gara, in relazione alla quale il diritto di accesso è stato richiesto¹⁹. La ricostruzione sistematica dianzi accennata si è tradotta, per quanto qui interessa, nell'illegittimità del provvedimento che nega al concorrente escluso, come tale titolare di un interesse giuridicamente rilevante, l'ostensione degli atti di una gara relativa all'aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori, anche se successivi alla gara controversa, se la richiesta è espressamente motivata dall'esigenza di difendere in giudizio le proprie posizioni, non essendo concesso all'amministrazione di sindacare la rilevanza di documenti ai fini della linea difensiva del richiedente²⁰. L'autonomia del diritto di accesso è stata infine dichiarata con forza dal Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia, che in una pronuncia del 2007 ha precisato che la necessità del presupposto indicato con l'espressione "tutela degli interessi" non deve essere inteso solo come finalizzazione dell'accesso ad un ricorso giurisdizionale o ad una citazione, ma secondo un nesso inscindibile tra i documenti richiesti e la verifica della eventuale lesione di un proprio interesse qualificato. Per tale motivo, mentre da un lato è escluso l'accesso a meri fini ispettivi, dall'altro esso è ammesso anche quando il richiedente non assume di volere verificare un preciso e determinato vizio degli atti al fine dell'impugnativa, ma prospetti unicamente il proprio interesse, purché concreto e qualificato, alla regolarità della procedura in questione.

Ma vi è di più.

Su tali basi il C. G. A. ha stabilito che, oltre all'interesse tradizionale alla legittimità e regolarità della gara cui partecipa, il "concorrente" detiene anche quello alla demolizione della gara stessa, quando ciò conduca alla non aggiudicazione del contratto ed alla sua ripetizione. Si è osservato, infatti, che la ripetizione della gara da cui l'interessato sia stato legittimamente escluso o non abbia partecipato, gli

¹⁹ Consiglio di Stato, sez. VI, 7 giugno 2006, n. 3418. Al riguardo non può che richiamarsi l'orientamento costante della giurisprudenza amministrativa, secondo cui la nozione di "situazione giuridicamente rilevante" - contenuta nell'articolo 22 della legge n. 241/1990 - per la cui tutela è attribuito il diritto di accesso, è nozione diversa e più ampia rispetto all'interesse all'impugnativa, e non presuppone necessariamente una posizione soggettiva qualificabile in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo; così che la legittimazione all'accesso va 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 d'accesso, inteso come interesse ad un bene della vita distinto rispetto alla situazione legittimante alla impugnativa dell'atto (Consiglio di Stato sez. VI, 27 ottobre 2006, n. 6440; T. A. R. Toscana, sez. III, 5 novembre 2002, n. 2567; T. A. R. Lazio Roma, sez. I, 18 maggio 1993, n. 760).

²⁰ T. A. R. Calabria Catanzaro, sez. I, 26 novembre 2002, n. 3017.

attribuisce nuove opportunità di partecipazione, anche alla luce di eventuali modifiche del bando, e comunque è conforme anche all'interesse pubblico all'annullamento di una gara, in ipotesi, illegittima²¹.

Di tutt'altro avviso, sulla scia della sentenza in commento, appare una decisione del T. A. R. Sicilia Catania, nell'ambito della quale si è ritenuta infondata la domanda di accesso presentata da un imprenditore rimasto escluso da una gara con provvedimento definitivo non impugnato nei termini²²; con diversa sfumatura, si fa inoltre discendere la legittimità della richiesta di accesso avanzata dal soggetto escluso e avente ad oggetto gli atti della gara successivi alla sua esclusione, dalla contestazione, in giudizio, della stessa esclusione²³.

3.2.e quelle, assimilabili, di mancata partecipazione.

Se, almeno secondo parte della giurisprudenza, l'esclusione del concorrente priva lo stesso dell'interesse a sindacare il contenuto degli atti di gara successivi alla sua esclusione e del diritto a richiederne l'ostensione, la circostanza che un'impresa non abbia partecipato alla selezione ne impedisce in radice la configurabilità²⁴.

In effetti, è solo con la partecipazione alla procedura selettiva che l'operatore economico sottopone la propria proposta alla valutazione della stazione appaltante

²¹ Consiglio di Giustizia Amministrativa Regione Sicilia, sez. giurisd., 5 dicembre 2007, n. 1087, in *Urbanistica e appalti* n. 5/2008, pagg. 639 e ss., con nota di Carmen Mucio. Nella fattispecie, la richiesta di accesso agli atti ed il relativo ricorso in primo grado erano stati presentati da un'impresa che aveva partecipato alla fase della pre-qualificazione, ma che, all'esito di vari quesiti, aveva rappresentato alla stazione appaltante di non essere in grado di presentare un'offerta compatibile con le condizioni indicate nel bando. Tale sostanziale "rinuncia alla gara", a parere del Consiglio di Giustizia siciliano, non avrebbe inficiato l'interesse dell'impresa rinunciataria alla regolarità della procedura, la quale, seppur scandita in due fasi, si caratterizzava per la sua unicità. Occorre segnalare, peraltro, che l'interesse alla caducazione dell'intera procedura di gara da parte del soggetto escluso o che non abbia partecipato, può dirsi sussistente unicamente nell'ipotesi in cui le illegittimità riscontrabili nell'aggiudicazione non siano superabili dallo scorrimento della graduatoria, in assenza di ulteriori concorrenti utilmente collocati. In caso contrario, *"il soggetto legittimamente escluso o non ammesso ad una pubblica gara per l'assenza dei requisiti di partecipazione, non ha interesse all'impugnazione, in quanto non ha interesse a contestare l'aggiudicazione, non potendo trarre alcun vantaggio o beneficio dall'annullamento degli atti di gara e, pertanto, dedurre vizi attinenti alla posizione dell'aggiudicatario"* (T. A. R. Lazio Roma, sez. III, 30 luglio 2007, n. 7170; cfr., altresì, T. A. R. Campania Napoli, sez. I, 18 aprile 2007, n. 4062).

²² T. A. R. Sicilia Catania, 11 febbraio 1993; nello stesso senso, T. A. R. Lazio, sez. II, 12 aprile 2000, n. 3078.

²³ T. A. R. Lombardia Brescia, 30 maggio 1995, n. 534.

²⁴ In senso contrario, come si è avuto modo di segnalare, C. G. A. Regione Sicilia, n. 1087/07, *cit.*, nonché, Consiglio di Stato, sez. V, 10 maggio 2005, n. 2340, secondo cui la richiesta di partecipazione, seguita dall'invito dell'amministrazione a presentare la propria offerta, integra una posizione che legittima all'accesso degli atti di gara, che non è intaccata dalla circostanza della mancata presentazione dell'offerta.

In realtà, il tutto si risolve in una questione interpretativa: molto dipende dal concetto stesso di "partecipazione" e dal momento in cui il soggetto acquisisce (e conserva) tale condizione.

ed alla comparazione con le offerte prodotte dagli altri soggetti interessati, con ciò differenziando il suo interesse rispetto a quello della generalità dei consociati.

Ed è per tale motivo che un'impresa *"..non può ritenersi concorrente per il solo fatto di essere stata invitata"*, difettando, nella fattispecie, non solo la presentazione di un'offerta, ma, ulteriormente, l'impugnazione del bando di gara e/o dell'aggiudicazione della gara alla controinteressata; la mancata partecipazione alla gara e l'omessa impugnazione del bando privano infatti la ricorrente *"...di quella posizione differenziata e qualificata, cui la stessa non può aspirare per la sola appartenenza allo stesso settore di impresa dell'aggiudicataria"*²⁵.

Interessi di mero fatto, che non qualificano la posizione del soggetto che aspira all'accesso degli atti di una gara cui non ha partecipato, sono, ad esempio, l'interesse ad effettuare segnalazioni presso l'Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici circa presunte irregolarità compiute dalla stazione appaltante²⁶; l'esigenza di desumere l'illegittimità di un provvedimento della P. A. dal comportamento tenuto dalla stessa nell'ambito di precedenti gare esperite²⁷; l'interesse a conoscere come abbia agito l'ente appaltante a seguito dell'esito negativo di una gara andata deserta, nell'ipotesi di nuova procedura negoziata²⁸, e così via.

L'affermazione che *"la concorrente esclusa da una gara non ha un interesse giuridicamente rilevante a contestarne l'aggiudicazione"* e che *"la pretesa all'accesso relativamente alle offerte presentate da altre ditte concorrenti, si palesa, pertanto, inammissibile"*²⁹, nonché, le conclusioni cui è pervenuto il Consiglio di Stato nell'odierna pronuncia, oltre a non essere del tutto pacifiche, non paiono vieppiù risolutive sul fronte della distinzione interesse sostanziale/interesse processuale.

Come è emerso dal presente lavoro, permangono le difficoltà legate alle diverse concezioni e al diverso "grado" di autonomia assegnato da dottrina e giurisprudenza al diritto di accesso; e permane, sia dato rilevarlo, il curioso parallelismo tra i caratteri dell'interesse che sostiene il legittimo esercizio del diritto e i caratteri dell'interesse processuale a ricorrere, o interesse ad agire (che, in entrambi i casi sono personalità, concretezza e attualità)³⁰.

²⁵ T. A. R. Liguria, sez. II, 4 febbraio 2004, n. 122.

²⁶ T. A. R. Lombardia Milano, sez. I, 26 luglio 2006, n. 1863.

²⁷ Consiglio di Stato, sez. VI, 30 settembre 1998, n. 1345.

²⁸ T. A. R. Emilia Romagna, Bologna, 11 dicembre 2006, n. 3208.

²⁹ T. A. R. Campania Napoli, n. 4062/07, già cit.

³⁰ L'interesse ad agire, infatti, riflette l'esigenza di verificare, in concreto, se sussista per il ricorrente una utilità alla proposizione del ricorso ed alla sua coltivazione in giudizio, ovvero, di verificare l'idoneità del ricorso ad arrecare al soggetto che lo propone una qualche utilità o vantaggio in seguito alla lesione della sua sfera giuridica.