

LA LEGITTIMAZIONE ALL'ACCESSO AGLI ATTI DI GARA DA PARTE DELL'OPERATORE ECONOMICO CHE NON ABBAIA PRESO PARTE ALLA PROCEDURA AD EVIDENZA PUBBLICA

dell'Avv. Livio Lavitola

Il TAR Lazio, con la sentenza 5.9.2012, n. 213, ha chiarito alcuni principi in materia di accesso agli atti di gara, ex artt. 13, co. 6, d.lgs. n. 163/2006 e 22 l. n.241/90, in particolare con riferimento al problema della legittimazione del soggetto che, pur non avendo partecipato ad una procedura ad evidenza pubblica, chieda di accedere agli atti relativi ad essa

1. Il caso sottoposto al TAR Lazio e alcune considerazioni generali.

Un operatore economico presenta domanda di accesso agli atti di una gara alla quale, tuttavia non aveva partecipato. L'istanza viene presentata per conoscere alcune condanne pronunciate a carico di un partecipante a quella procedura di gara, aggiudicatario in altra gara alla quale il ricorrente aveva preso parte.

L'interesse, in sostanza, consiste nella conoscenza di un elemento che, se confermato, sarebbe spendibile al fine di contestare l'ammissione del soggetto contro interessato alla seconda gara.

La stazione appaltante, tuttavia, ha negato l'accesso, in quanto il soggetto richiedente l'accesso sarebbe privo della legittimazione richiesta dall'art. 13, co. 6 del codice dei contratti pubblici, non essendo lo stesso partecipante alla procedura di gara.

Viene quindi in rilievo il tema dei limiti del diritto di accesso agli atti di gara, quando l'istante non abbia preso parte alla procedura ad evidenza pubblica "contestata".

Come "specificazione" di tale problema vi è la questione dei rapporti tra la disposizione speciale di cui all'art. 13, co. 6, del codice dei contratti pubblici e la regola generale dettata dall'art. 22 della legge sul procedimento amministrativo.

Infatti, se la prima disposizione sembra circoscrivere la legittimazione ai soli concorrenti, al fine di contestare i risultati della gara, la disposizione "generale" (peraltro espressamente

richiamata dal co. 1, art. 13, d.lgs. n. 163/2006) considera "interessati", «tutti i soggetti (...) che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso» (così l'art. 22, co.1, lett. b).

Senza voler sin d'ora anticipare le conclusioni cui è pervenuta la decisione in rassegna, può rilevarsi come la dottrina abbia avuto modo di osservare che il diritto di accesso agli atti di gara, come configurato dall'art. 13 cit. costituisce «una sorta di 'microsistema' normativo, collegato all'idea della peculiarità del settore considerato, all'interno delle coordinate generali dell'accesso». Conseguentemente,

è stato altresì rilevato che «la norma in esame è in rapporto di specialità con la l. n. 241 del 1990 alla quale, quindi, occorre far riferimento per la disciplina di tutti gli aspetti non direttamente regolati».

2. Gli orientamenti giurisprudenziali in materia di accesso agli atti di gara.

Il TAR Lazio, Sez. III *ter*, 10.5.2011. n. 4081, ha negato il diritto di accesso relativamente ad una fattispecie nella quale il soggetto ricorrente giustificava il proprio interesse qualificato all'accesso, in relazione alla qualità di primaria operatrice nel settore oggetto della gara affidata alla contro interessata (in quel caso unica partecipante alla procedura), volendo tutelare il proprio interesse alla rinnovazione della procedura concorsuale ed alla partecipazione a seguito di rinnovazione della gara. Alla base della statuizione negativa del TAR vi sono alcuni rilievi di particolare interesse, in rapporto alle considerazioni svolte nella conclusione del precedente.

In particolare, infatti, rileva la decisione in parola che *«l'art. 13, del richiamato codice dei contratti, premesso un generale rinvio alle norme di cui alla l. n. 241 del 1990, indica, poi, una disciplina che diverge da quest'ultima per alcuni profili, evidenziando previsioni peculiari, e, dunque, speciali rispetto a quelle di cui all'art. 24 della l. n. 241/1990».*

Ad avviso del Giudice amministrativo, infatti, sarebbe possibile scorgere una differenza tra la disposizione generale della legge sul procedimento e la norma speciale del Codice dei contratti, in particolare in ragione del fatto che nella prima norma *«si prevede il diritto all'accesso nei casi in cui questo sia necessario per curare o per difendere "i propri interessi giuridici", con una formulazione più ampia rispetto a quella di cui al co. 6, dell'art. 13, che, invece, collega l'interesse all'accesso alla posizione giuridica non di chiunque vi abbia interesse, ma del solo concorrente che abbia intrapreso un giudizio avente ad oggetto la procedura di gara in cui l'istanza di accesso è formulata».*

Seguendo tale linea interpretativa, dunque, nessun diritto di accesso agli atti di una gara può esser riconosciuto se non a chi alla stessa abbia preso parte.

Tornando, invece, al problema che qui interessa maggiormente, deve rilevarsi come la decisione in questione, in termini di principi generali, sembra porsi in contrasto con le considerazioni svolte nel precedente paragrafo in ordine al rapporto tra legge sul procedimento e codice dei contratti pubblici.

La soluzione offerta, infatti, legittima una restrizione del diritto di accesso.

Tale indirizzo, peraltro, può essere messo in relazione, in generale, con il tema - di grande attualità - della sufficienza, ai fini della contestazione in sede giurisdizionale degli atti di una gara, di un interesse meramente strumentale alla riedizione della gara. Si osserva ciò in quanto, tornando alla fattispecie oggetto della sentenza da cui muove questo commento, in essa non veniva in rilievo un interesse strumentale alla

mera riedizione della gara, ma la conoscenza, tramite il diritto di accesso, di atti necessari per contestare l'esito di una differente gara.

Risulta chiaro, in altre parole, che volendo applicare in maniera rigida il principio dettato da TAR Lazio 4081/2011, nemmeno tale interesse potrebbe legittimare il diritto di accesso.

Ad analoga conclusione perviene anche TAR Lazio, Sez. I, 9.5.2011, n. 3961, che nega il diritto di accesso del partecipante ormai non più in termini per contestare la propria esclusione dalla gara.

Interessante, anche se presuppone comunque la qualità di partecipante alla gara cui si riferiscono gli atti oggetto della istanza, è l'arresto del CdS, Sez. V, 14.2.2011, n. 942, dove si afferma che *«il diritto di accesso non è meramente strumentale alla proposizione di una azione giudiziale, ma assume un carattere autonomo rispetto ad essa; ciò significa che il rimedio speciale previsto a tutela del diritto di accesso deve ritenersi consentito anche se l'interessato non può più agire, o non possa ancora agire, in sede giurisdizionale»*.

La decisione è interessante, in quanto, sembra ricondurre, ai fini della configurabilità del diritto di accesso, la legittimazione "speciale" di cui all'art. 13 d. lgs. n. 163/2006 a quella "generale", di cui all'art. 22 della l. n. 241/90 (rispetto al quale la giurisprudenza è pacifica nel negare che a radicare l'interesse alla conoscenza di atti e documenti possa essere solo la possibilità di un'azione giurisdizionale, si v., ad es., CdS, Sez. V, 24.3.2011, n. 1772: *«la nozione di tale interesse*

è diversa e più ampia di quella rispetto all'interesse all'impugnativa, non presupponendo necessariamente una posizione soggettiva qualificabile come diritto soggettivo o interesse legittimo (con la conseguenza che la legittimazione all'accesso può essere riconosciuta a chi possa dimostrare che gli atti – anche procedurali – richiesti 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 di accesso, inteso come interesse ad un bene della vita distinto rispetto a quello relativo alla situazione legittimante eventualmente l'impugnativa dell'atto).

Decisioni favorevoli al riconoscimento del diritto di accesso in conformità ai canoni generali dettati dalla l. 241/90 si registrano, inoltre, quanto al profilo della sufficienza dell'interesse strumentale alla riedizione della gara, ai fini della sussistenza del diritto di accesso.

Così, ad esempio, C.G.A., 5.12.2007, n. 1087, ha ritenuto che è consentito l'accesso ai documenti di una gara ad una impresa che ha comunicato di non essere in grado di formulare un'offerta. Infatti, tale impresa ha l'interesse alla regolarità della procedura essendo un operatore del settore.

Rileva il G.A. nel caso di specie che il diritto di accesso va riconosciuto, in ossequio all'art. 22 della l. n. 241/90, *«anche quando il richiedente non assume di volere verificare un preciso e determinato*

vizio degli atti al fine della impugnativa, ma solo prospetti il proprio interesse, purché concreto e qualificato, alla regolarità della procedura in questione».

Pertanto, a maggior ragione, in quest'ottica, anche quando l'interesse sia quello strumentale alla riedizione della gara (pur dovendosi ricordare, come anticipato, che il tema della sufficienza di tale interesse strumentale sia oggi assai dibattuto in giurisprudenza, peraltro con riferimento a soggetti che, comunque, abbiano preso parte alla gara, risultando ancor più problematico, quindi, configurare tale interesse rispetto al mero *“operatore del settore”*).

3. La decisione del Giudice Amministrativo.

E' in questo articolato quadro che si inserisce la decisione in rassegna, la quale, tuttavia, pare opportuno ricordarlo, si connota, *“in punto di fatto”*, per un aspetto del tutto peculiare.

Infatti, differentemente dalle fattispecie concrete sottostanti alle diverse decisioni esaminate al precedente §, in questo caso il ricorrente, richiedente l'accesso, né ha partecipato alla gara cui afferiscono gli atti oggetto della istanza, né ha, comunque, giustificato la stessa con l'intenzione di contestare quella gara.

Infatti, nel caso esaminato da TAR Lazio 7560/2012, il ricorrente chiedeva gli atti relativi ad uno dei partecipanti di una procedura per poter trarre vantaggio dagli stessi nell'ambito di una differente procedura di gara.

Ecco quindi che, anche in ragione della peculiarità del caso concreto, il TAR rileva, in primo luogo, che *«il co. 6 dell'art. 13 del d. lgs. n. 163/2006 prevede che “è comunque consentito l'accesso al concorrente che lo chieda 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”, mentre il precedente comma 5 regola i casi in cui sono esclusi il diritto di accesso e ogni altra forma di divulgazione (...)»*.

Ad avviso del TAR, *«risulta quindi dallo stesso tenore letterale dell'articolo citato che la norma in un caso (co. 5) esclude, ed in un altro caso (co. 6) consente “comunque” – cioè in ogni caso - l'accesso agli atti, lasciando quindi intatta, per tutti gli altri casi, la generalissima disciplina posta dalla l. n. 241/1990 in diretta attuazione dei principi di buon andamento ed imparzialità - e quindi anche di pubblicità - dell'attività amministrativa»*.

In ossequio a tali principi, osserva sempre il TAR, *«la stazione appaltante non può quindi esimersi di valutare la sussistenza di uno specifico interesse differenziato del richiedente l'accesso agli atti, alla stregua di un criterio di ragionevolezza e proporzionalità, anche se l'interessato non ha partecipato alla gara o non ha intrapreso o debba intraprendere un giudizio avente ad oggetto la procedura di gara»*. Se, dunque, la valutazione dello specifico interesse sottostante alla richiesta di accesso deve essere ricondotta allo schema generale della l. n. 241/90, risulta *«pacifico»* che esiste *«un interesse qualificato alla conoscenza degli atti e documenti della commissione giudicatrice»* (nel caso concreto, il provvedimento di esclusione

della contro interessata che aveva partecipato anche alla gara come concorrente della ricorrente).

Ciò in quanto, sempre secondo il TAR, evidentemente, la possibilità di verificare l'esistenza di situazioni, a carico della contro interessata, idonee a precluderne la partecipazione ad altre gare in corso, costituisce un interesse indubbiamente diretto, concreto ed attuale, e non «*un mero "interesse generico o una istanza solo "esplorativa" nell'ambito di una procedura concorsuale cui si è rimasti volontariamente estranei.* (TAR Lazio, Sez. III ter, 10.5.2011, n. 4081)».

In conclusione, si può rilevare come il TAR Lazio, proprio in ragione di una fattispecie indubbiamente peculiare, perviene a delle conclusioni che, in termini sistematici, confermano le posizioni dottrinali richiamate nella speciale disciplina del diritto di accesso recata dal codice dei contratti pubblici non può, comunque, essere interpretata in maniera tale da confliggere con i principi generali dettati dagli artt. 22 ss. della L. n. 241/90.

Pertanto, la speciale limitazione della legittimazione ai soli soggetti che richiedano gli atti per la difesa in giudizio vale solo con riferimento ai documenti di cui all'art. 13, co. 5, lett. a) e b) (informazioni che costituiscano segreti tecnici o commerciali; eventuali ulteriori aspetti riservati delle offerte, da individuarsi in sede di regolamento).

E' solo rispetto a tali atti che può ritenersi che l'operatività del principio di "autonomia" del diritto di accesso, sancito dall'art. 22 della l. n. 241/90, venga "compressa" dall'art. 13, co. 6.

Venendo in rilievo, nel caso di specie, l'accesso ad atti relativi a sentenze penali a carico del legale rappresentante della contro interessata, la stazione appaltante non poteva negare l'accesso agli atti di gara.