

N. 05280/2014REG.PROV.COLL.
N. 01159/2014 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1159 del 2014, proposto da:
Comune di Modugno, in persona del Sindaco pro tempore,
rappresentato e difeso dall'avvocato Vito Aurelio Pappalepore, con
domicilio eletto presso la signora Antonia De Angelis, in Roma, via
Portuense, n. 104;

contro

Centro Servizi Informatici Pubblica Amministrazione – C.S.I.P.A.
s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita
in giudizio;

nei confronti di

A.P. System s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Puglia – Bari, Sezione III, n. 1546/2013,

resa tra le parti, con la quale è stata dichiarata la cessazione della materia del contendere con riguardo a richiesta d'annullamento della nota del Comune di Modugno prot. n. 26478 del 21.5.2013, con la quale, in riscontro ad istanza d'accesso ad atti ad una gara, era stato comunicato che l'accesso sarebbe stato consentito solo dopo l'approvazione dell'aggiudicazione definitiva;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 maggio 2014 il Cons. Antonio Amicuzzi e udito per la parte appellante l'avvocato Andrea Reggio d'Acì, su delega dell'avvocato Vito Aurelio Pappalepore;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1.- La s.r.l. C.S.I.P.A., che ha partecipato alla procedura di gara indetta dal Comune di Modugno per la fornitura di *software* collocandosi al penultimo posto in graduatoria, con istanza del 16.5.2015 ha presentato istanza d'accesso, ai sensi della l. n. 241 del 1990 e dell'art. 13 del d. lgs. n. 163 del 2006, agli atti di detta procedura.

2.- Il Comune suddetto, con nota prot. n. 25478 del 21.5.2013, ha comunicato, in riscontro a detta richiesta, che l'accesso sarebbe stato consentito solo dopo l'approvazione dell'aggiudicazione definitiva, ex art. 13, comma 2, lettere c) e c-bis), del d. lgs. n. 163 del 2006.

3.- Con ricorso al T.A.R. Puglia, Bari, la citata società ha chiesto l'annullamento di detta nota nel sostanziale assunto che, in base a

quanto disposto dall'art. 13, comma 2, lettere c) e c-bis), del d. lgs. n. 163 del 2006, può essere differito solo l'accesso agli atti relativi al procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, mentre la restante documentazione di gara è accessibile già dopo l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto, sicché, anche ai sensi dell'art. 12 di detto d.lgs., la ricorrente aveva diritto all'accesso.

4.- Con la sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata - preso atto che con memoria depositata il 25.10.2013 la ricorrente aveva rappresentato che il Comune di Modugno, dopo la proposizione del gravame, aveva autorizzato il richiesto accesso (che era avvenuto in data 16.7.2013), chiedendo la condanna alle spese dell'Ente - è stata dichiarata la cessazione della materia del contendere ed è stato condannato il Comune di Modugno al pagamento delle spese di giudizio in favore della società ricorrente, liquidate in € 1.000,00, oltre ad IVA e CPA.

5.- Con il ricorso in appello in esame detto Comune ha chiesto l'annullamento e la riforma di detta sentenza deducendo i seguenti motivi:

a) *Errores in iudicando* per violazione ed erronea applicazione dell'art. 13 del d. lgs. n. 163 del 2006.

Secondo la sentenza impugnata la fattispecie riguarderebbe un diniego di accesso ai documenti, con riguardo ad una aggiudicazione definitiva di fornitura di *software*, mentre non si trattava di diniego, ma di mero differimento di accesso, ex art. 13, comma 2, del d. lgs. n. 163 del 2006, perché, al momento della richiesta era stata disposta solo

l'aggiudicazione provvisoria; pertanto, anche in ragione della natura e consistenza degli atti e documenti oggetto della richiesta di accesso, esso doveva essere necessariamente differito dalla s.a. fino all'approvazione dell'aggiudicazione, ai sensi delle lettere c) e c-bis) di detto d. lgs. (avvenuta la quale in data 9.7.2013, l'accesso è stato autorizzato in data 16.7.2013).

Contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice il rilascio di detta documentazione non ha costituito riconoscimento implicito della fondatezza delle pretese della società, né ha determinato la cessazione della materia del contendere, ma ha rappresentato la naturale evoluzione della procedura, in applicazione della normativa regolante la materia.

Quindi il primo giudice avrebbe dovuto respingere il ricorso perché infondato, o, al più, prendere atto dell'improcedibilità del gravame per sopravvenuta carenza di interesse, con erroneità della statuizione sulle spese, che avrebbero dovuto essere poste a carico, non del Comune, ma della società ricorrente, anche in base al principio della "soccombenza virtuale".

E' stato quindi chiesto l'accoglimento dell'appello e l'annullamento della sentenza gravata, con conseguente reiezione del ricorso introduttivo del giudizio, o, in subordine, la declaratoria di improcedibilità del gravame, con ogni conseguenza sulle spese.

6.- Nel corso della camera di consiglio del 27 maggio 2014 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza dell'avvocato della parte appellante, come da verbale di causa agli atti del giudizio.

7.- L'appello è infondato.

8.- Va rilevato che, ai sensi dell'art. 34, comma 5, del c.p.a., nell'ipotesi in cui la pretesa del ricorrente risulti pienamente soddisfatta nel corso del giudizio, il giudice è obbligato a dichiarare, con sentenza di merito, che è cessata la materia del contendere (Consiglio di Stato, sez. V, 3 maggio 2012, n. 2545).

Quindi nel caso in cui l'Amministrazione abbia depositato in corso di causa la documentazione per cui vi è stata istanza di accesso va dichiarata la cessazione della materia del contendere essendo venuta meno la posizione di contrasto tra le parti e, con essa, sia il loro interesse a proseguire il giudizio sia l'obbligo del giudice di pronunciare sull'oggetto della controversia.

Correttamente quindi il primo giudice ha dichiarato la cessazione della materia del contendere tra le parti a seguito dell'avvenuta autorizzazione al richiesto accesso, che è poi avvenuto in data 16.7.2013.

9.- Quanto alle spese del giudizio di primo grado, che il Comune appellante sostiene avrebbero dovuto essere poste a carico della società ricorrente, va rilevato che nel processo amministrativo, ai sensi degli artt. 26 del c.p.a. e 92, comma 2, del c.p.c., il giudice, qualora dichiari cessata la materia del contendere per l'intervenuta soddisfazione, nel corso del giudizio, dell'interesse azionato dal ricorrente, deve valutare, ove persista contrasto tra le parti in ordine alla sola regolamentazione delle spese giudiziali, quale sarebbe stato l'esito del giudizio, secondo il criterio della c.d. soccombenza virtuale

(Consiglio di Stato, sez. III, 10 dicembre 2013, n. 5913).

Vanno quindi verificate, alla stregua di detto criterio della soccombenza virtuale, le ragioni della parte che ha visto soddisfatta la sua pretesa solo dopo l'introduzione del giudizio, non potendo ammettersi che la necessità di servirsi del processo per ottenere ragione torni in danno del ricorrente, e il giudice deve prendere in esame le questioni sollevate dalla parte ricorrente per valutarne la fondatezza al solo fine di regolare, in base al principio della soccombenza, le spese del giudizio.

Nel caso di specie con il ricorso di primo grado, notificato a mezzo del servizio postale in data 20.6.2013, la s.r.l. C.S.I.P.A. aveva chiesto l'annullamento della nota prot. n. 25478 del 21.5.2013 con cui il Comune di Modugno aveva comunicato che l'accesso sarebbe stato consentito solo dopo l'approvazione dell'aggiudicazione definitiva ex art. 13, comma 2, lettere c) e c-bis), del d. lgs. n. 163 del 2006; ciò nel sostanziale assunto che, ai sensi di dette disposizioni, può essere differito solo l'accesso agli atti relativi al procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, mentre la restante documentazione di gara è accessibile già dopo l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto, sicché, anche ai sensi dell'art. 12 di detto d.lgs., la ricorrente aveva diritto all'accesso, che era stato esercitato con riferimento all'elenco di operatori economici implementato dall'Amministrazione, all'eventuale avviso di presentazione di candidature, alle lettere dei soggetti che avevano chiesto di partecipare alla gara, alle lettere di invito, alle eventuali lettere di reiezione delle richieste di

partecipazione, ai verbali delle sedute pubbliche e riservate della Commissione giudicatrice (comprensivi degli allegati documentali), alla documentazione amministrativa, tecnica ed economica presentata dalle parti concorrenti, al provvedimento di aggiudicazione provvisoria e ad ogni altra determinazione adottata al riguardo.

L'art. 13 del d. lgs. n. 163 del 2006 stabilisce che *“1. Salvo quanto espressamente previsto nel presente codice, il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni.*

2. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti segreti o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di accesso è differito:

...c) in relazione alle offerte, fino all'approvazione dell'aggiudicazione.

c-bis) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione definitiva”.

Innanzitutto va rilevato che detto articolo, nella parte in cui prevede il differimento del diritto di accesso a documenti relativi ai contratti pubblici, deve essere interpretato in modo restrittivo, rappresentando una norma eccezionale, derogatoria rispetto alle ordinarie regole in materia di accesso.

In secondo luogo va osservato che la lettera c) del comma 2 di detta norma è chiara nel disporre che il diritto all'accesso può essere differito, in relazione alle offerte, solo fino all'approvazione dell'aggiudicazione, che, non può che essere costituita da quella

provvisoria; non avrebbe senso, diversamente, l'aver previsto la possibilità di differimento fino all'aggiudicazione definitiva solo in relazione al procedimento di verifica dell'anomalia.

La conclusione è supportata da una interpretazione di tipo letterale: la lettera c) fa, infatti, riferimento all'aggiudicazione, mentre, la successiva c bis) cita esplicitamente l'aggiudicazione definitiva; segno che il legislatore, quando ha ritenuto rilevante attendere che si fosse realizzata la conclusione della procedura selettiva (attraverso, appunto, l'aggiudicazione definitiva), lo ha detto espressamente. Quindi, nell'ipotesi descritta nella precedente lettera c), l'espressione generica "aggiudicazione" deve essere riferita all'aggiudicazione "provvisoria", e ciò in applicazione del criterio interpretativo *ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, non dixit*.

Prima dell'aggiudicazione definitiva non sussisteva quindi alcun divieto legale di divulgare i dati concernenti le "offerte" (cioè: documentazione amministrativa, tecnica, offerta economica e tecnica) presentate dai concorrenti. Mentre non risultavano all'epoca ostensibili -appunto per mancanza di definitività dell'aggiudicazione, ai sensi della citata lettera c bis) – solo gli atti attraverso i quali si era svolta la procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta.

E'quindi infondata la tesi del Comune appellante che, poiché a momento della richiesta di accesso "*era stata pronunciata solo l'aggiudicazione provvisoria*", anche in ragione della natura e consistenza degli atti e documenti oggetto della richiesta di accesso, esso doveva essere necessariamente differito dalla s.a. fino all'approvazione

dell'aggiudicazione, ai sensi delle lettere c) e c-bis) di detto d. lgs., intendendo questa come quella definitiva, atteso che solo la documentazione relativa all'anomalia dell'offerta, e non la documentazione elencata nella domanda d'accesso, avrebbe potuto essere differita sino a tale approvazione.

Pertanto, stante l'illegittimità del provvedimento impugnato in prime cure, appare, in base al criterio della soccombenza virtuale, corretta la condanna del Comune di Modugno al pagamento delle spese processuali effettuata dal giudice di primo grado.

Ciò considerato anche che la statuizione del giudice di primo grado sulle spese e sugli onorari di giudizio costituisce espressione di un ampio potere discrezionale, come tale insindacabile in sede di appello, fatta eccezione per l'ipotesi di condanna della parte totalmente vittoriosa oppure per il caso che la statuizione sia manifestamente irrazionale o si riferisca al pagamento di somme palesemente inadeguate (Consiglio di Stato, sez. IV, 14 luglio 2014, n. 3655).

10.- L'appello deve essere conclusivamente respinto e deve essere confermata la prima decisione.

11.- Nessuna determinazione può essere assunta sulle spese del presente grado di giudizio, stante la mancata costituzione in giudizio delle parti intimato.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, respinge l'appello in esame.

Nulla per le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 maggio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/10/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)