

Publicato il 29/04/2022

N. 03392/2022REG.PROV.COLL.
N. 09823/2021 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 9823 del 2021, proposto da Invitalia S.p.A. - Agenzia Nazionale per L'Attrazione degli Investimenti e Lo Sviluppo D'Impresa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Venerando Monello, Paolo Carbone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

P&P Costruzioni Generali S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Mario Busiri Vici, Matteo Frenguelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Ganosis Consorzio Stabile Soc. Cons. A R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Barbara Del Duca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 10281/2021, resa tra le parti, concernente l'annullamento

1) dei provvedimenti del 13.04.2021 (inviato a mezzo Email in pari data:cfr. all. 1) e del 23.04.21 (inviato a mezzo Email in pari data: cfr. all. 2) con i quali Invitalia rigettava l'istanza di accesso presentata da P&P Costruzioni Generali s.r.l. ed avente ad oggetto gli atti del procedimento di appalto;

2) di ogni altro atto presupposto, inerente e/o consequenziale;

E PER L'ACCERTAMENTO DEL DIRITTO

della ricorrente ad ottenere copia degli atti e dei provvedimenti richiesti con l'istanza di accesso di cui in narrativa con conseguente emissione di ordine di esibizione dei documenti stessi ai sensi dell'art. 116 quarto comma c.p.a.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di P&P Costruzioni Generali S.r.l. e di Ganosis Consorzio Stabile Soc. Cons. A R.L.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 marzo 2022 il Cons. Diana Caminiti e Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.Viene in decisione l'appello proposto da Invitalia S.p.A. - Agenzia Nazionale per l'Attrazione degli Investimenti e Lo Sviluppo D'Impresa (d'ora in poi Invitalia) avverso la sentenza del Tar Lazio sez. III ter, n. 10281/2021 del 7.10.2021, con cui si è accolto il ricorso in materia di accesso ex art. 116 c.p.a. proposto da P&P Costruzioni Generali S.r.l. che aveva preso parte alla procedura aperta bandita da Invitalia, quale centrale di committenza per il MIBACT, per l'affidamento dei “Lavori di riallestimento degli spazi espositivi della Galleria Nazionale dell'Umbria”, aggiudicata al Consorzio Stabile Ganonis soc. cons. a r.l., laddove la ricorrente si era collocata all'ottavo posto della graduatoria finale.

Questi i fatti di causa:

- con istanza del 1 aprile 2021 P&P Costruzioni Generali S.r.l chiedeva ai sensi dell'art. 53 d.l.gs. 50/2016 e degli art. 22 e ss. l. 241/90 ad Invitalia il rilascio di copia informale "...di tutti i provvedimenti e/o degli atti che hanno preceduto l'aggiudicazione dell'appalto di che trattasi e, segnatamente, delle domande delle offerte tecniche di tutti i partecipanti, dei verbali di gara, delle valutazioni compiute dalla commissione giudicatrice, oltre che delle verifiche effettuate in ordine al possesso dei requisiti di aggiudicazione”;
- l'istanza veniva motivata con riferimento alla “esigenza...di verificare, alla luce della documentazione richiesta, l'opportunità di adottare iniziative a tutela della propria posizione giuridica a fronte della mancata aggiudicazione dell'appalto in questione”;
- Invitalia respingeva la richiesta con nota del 13 aprile 2021, non ravvisando nelle esigenze citate una sufficiente giustificazione della stessa ai sensi dell'art. 22 della L. 241/1990, né un interesse diretto, attuale e concreto, e ritenendo pertanto la stessa inammissibile, siccome preordinata ad un controllo generalizzato della propria attività;
- con nota del 15 aprile 2021 la ricorrente insisteva nell'istanza, evidenziando che la stessa partecipazione alla gara di appalto comporta, di per sé, l'interesse all'accesso in capo al concorrente;
- con nota del 23 aprile 2021 Invitalia confermava il rigetto della domanda, ritenendo non sufficientemente esplicitate le esigenze difensive, alla luce della genericità della richiesta, stante anche la mole della documentazione richiesta;
- con ulteriore istanza del 26 aprile 2021 la società ricorrente insisteva ancora per il rilascio della documentazione e, non avendo avuto riscontro alla stessa, proponeva ricorso al Tar Lazio, deducendo l'illegittimità dei gravati provvedimenti di diniego per difetto di motivazione / violazione degli artt. 3 e 25 comma 3 legge 241/90; violazione del diritto di accesso ex artt. 22 e ss. l. 241/90; violazione del diritto di difesa; eccesso di potere per difetto di istruttoria, macroscopica illogicità, fraintendimento dei presupposti di fatto e di diritto; la partecipazione alla procedura di appalto fonderebbe, infatti, di

per sé la sussistenza dei presupposti legittimanti l'accesso a tutti gli atti della stessa, nessun rilievo potendo essere attribuito né alla collocazione nella graduatoria finale, né alla mole degli atti stessi; né verrebbero nella specie in esame i casi di esclusione dall'accesso individuati dall'art. 53 del d.lgs. 50/2016, nulla avendo l'amministrazione opposto in proposito.

Innanzitutto al Tar si costituiva Invitalia, insistendo per la reiezione del gravame, confermando le motivazioni poste a fondamento dei provvedimenti reiettivi impugnati.

2. La sentenza oggetto dell'odierno appello ha accolto il ricorso proposto da P&P Costruzioni Generali S.r.l., sulla base dei seguenti rilievi:

- "Il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici rinviene una specifica disciplina nell'ambito dell'art. 53 del d.lgs. 50/2016 il quale, da un lato, rinvia alle generali disposizioni di cui agli art. 22 e ss. della citata Legge 241/1990, dall'altro prevede alcune peculiari ipotesi di differimento e/o esclusione, le quali non vengono tuttavia in esame nel caso di specie, avendo Invitalia posto a supporto del disposto diniego non già la ricorrenza di ipotesi disciplinate dal citato art. 53 del codice dei contratti, bensì delle condizioni generali dell'interesse e della puntuale individuazione della documentazione oggetto dell'istanza;

- reputa, tuttavia, il Collegio che la P&P Costruzioni S.r.l. abbia sufficientemente, ancorché sinteticamente, motivato la propria istanza con riferimento alla esigenza di valutare la correttezza delle operazioni effettuate dal seggio di gara sia in riferimento alla verifica del possesso dei requisiti di partecipazione che con riferimento alle valutazioni compiute sulle offerte presentate dai diversi concorrenti e che, come dalla stessa condivisibilmente affermato, la partecipazione alla procedura di gara radichi, ex se, la legittimazione e l'interesse all'accesso agli atti e documenti di cui la stessa si compone;

- nessuna incidenza limitativa del dritto di accedere agli atti e documenti inerenti tali valutazione può, infatti, essere attribuita alla posizione di ottava graduata della ricorrente – potendo la stessa essere astrattamente interessata a contestare il collocamento in graduatoria di tutti gli operatori economici che nella medesima la precedono, né alla mancata proposizione – allo stato - di un ricorso avverso l'aggiudicazione;

- difatti per l'accesso difensivo è sufficiente un nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e doglianze in astratto proponibili, senza che l'Amministrazione possa autonomamente opporre, salvi casi manifesti, un proprio giudizio sulla ritualità e sulla fondatezza della pretesa sostanziale sottostante o una previa indagine sulla concreta utilità che il documento potrebbe avere in sede giurisdizionale;
- deve, inoltre e per altro verso, essere ribadito che la mancata proposizione di un ricorso non costituisce, di per sé, impedimento all'accesso agli atti dovendo l'espressione "curare o difendere i propri interessi giuridici" di cui al comma 7 dell'art. 24 L. 241/1990 essere intesa in senso ampio e costituzionalmente orientato e, dunque, come comprensiva di ogni possibile mezzo di tutela (es. esposti all'ANAC, azioni risarcitorie), in quanto la rilevanza dell'accesso ai fini della tutela del diritto di difesa deve essere valutata "in via prospettica" in relazione cioè alla "conoscenza dell'oggetto della richiesta di accesso e al conseguenziale esercizio delle facoltà difensive da parte della richiedente";
- analogamente, l'ecceputa ingente "mole" della documentazione oggetto di accesso non può, di per sé, comprimere il diritto di difesa del concorrente, essendo rimessa all'amministrazione l'individuazione di modalità di ostensione della stessa tali da coniugare le proprie esigenze organizzative con gli interessi dell'istante".

3. Invitalia con l'odierno appello ha formulato il seguente motivo avverso la sentenza gravata:

1. Error in iudicando – Irragionevolezza e infondatezza della sentenza – Errata interpretazione del diritto di accesso agli atti – Violazione dell'art. 53 d.l.gs n. 50/2016 e degli artt. 22 e ss. della l. 241/90.

Assume l'appellante, richiamando la sentenza dell'Adunanza Plenaria Cons. di Stato, n. 20/2020, che se ai fini dell'ordinario accesso è sufficiente la sussistenza del solo nesso di necessaria strumentalità tra l'accesso e la difesa dei propri interessi, nell'accesso difensivo vi sarebbe la necessità che la situazione legittimante l'accesso sia collegata al documento al quale è chiesto l'accesso, in modo tale da evidenziare in maniera diretta ed inequivoca il nesso di strumentalità che avvince la situazione soggettiva finale ai singoli

documenti di cui viene richiesta l'ostensione e per l'ottenimento del quale l'accesso difensivo, in quanto strumentale, fa da tramite.

Nella prospettazione dell'appellante incomberrebbe sul richiedente l'accesso l'onere di provare il suddetto nesso di strumentalità tra la documentazione oggetto di richiesta di ostensione e le censure formulate o che intende formulare in sede di ricorso e, dunque, di dimostrare la possibilità di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, laddove nell'ipotesi di specie il richiedente al contrario, salvo motivare in maniera del tutto generica la richiesta di accesso con l'esigenza di tutelare i propri interessi, ad oggi, non avrebbe ancora impugnato l'aggiudicazione di gara, per cui risulterebbe carente l'allegazione di elementi probatori che possano giustificare l'integrale esibizione della documentazione.

Deduce pertanto l'erroneità della sentenza appellata alla luce anche di quanto affermato dal Consiglio di Stato Ad. Plenaria n. 4/2021, secondo cui la volontà del legislatore è di esigere che le finalità dell'accesso siano dedotte e rappresentate dalla parte in modo puntuale e specifico nell'istanza di ostensione, e suffragate con idonea documentazione, così da permettere all'amministrazione detentrica del documento il vaglio del nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta sub specie di astratta pertinenza con la situazione "finale" controversa, per cui non può ritenersi sufficiente un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando, poiché l'ostensione del documento passa attraverso un rigoroso vaglio circa l'appena descritto nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale controversa.

Assume pertanto Invitalia di avere negato l'accesso in quanto di carattere meramente esplorativo giacché motivato con riferimento alla sola intenzione di verificare e sondare l'eventuale opportunità di proporre ricorso giurisdizionale, motivazione questa non sufficiente alla luce della più recente giurisprudenza sul punto. La stessa istanza di ostensione non conterrebbe la

deduzione e rappresentazione in modo puntuale e specifico delle finalità dell'accesso, né evidenzerebbe in maniera diretta e inequivoca il nesso di strumentalità tra la situazione soggettiva finale e i singoli documenti di cui veniva richiesta l'ostensione.

L'appellante richiama pertanto la giurisprudenza secondo cui nella specifica materia del diritto di accesso agli atti di una procedura pubblica, il discrimine tra interesse emulativo/esplorativo, insufficiente a giustificare la deroga all'esigenza di protezione dei segreti tecnici e commerciali della concorrente incorporati nella documentazione relativa all'offerta tecnica, ed interesse genuinamente difensivo, atto *secundum legem* a superare la suddetta barriera opposta dal legislatore al soddisfacimento dell'interesse ostensivo, coincide con l'avvenuta o meno instaurazione di un giudizio inerente agli atti della gara cui l'istanza di accesso si riferisce. Pertanto al fine di esercitare il diritto di accesso riguardo a informazioni contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali, in una procedura pubblica, è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio. In particolare, la mera intenzione di verificare e sondare l'eventuale opportunità di proporre ricorso giurisdizionale non legittimerebbe un accesso meramente esplorativo a informazioni riservate, perché difetterebbe la dimostrazione della specifica e concreta indispensabilità a fini di giustizia.

Pertanto secondo l'appellante al fine di acconsentire all'accesso difensivo in presenza di segreto industriale è necessario un accurato controllo in ordine alla effettiva utilità della documentazione richiesta e, in conseguenza, il necessario preliminare espletamento della cd. prova di resistenza nei confronti dell'offerta della ricorrente, allo specifico fine di verificare la sussistenza del concreto nesso di strumentalità tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e la difesa in giudizio degli interessi della stessa impresa ricorrente, quale partecipante alla procedura di gara pubblica il cui esito è controverso.

4. Si è costituita l'appellata P&P Costruzioni S.r.l., insistendo nella reiezione dell'appello, avuto riguardo al rilievo che il diniego opposto non era motivato sull'esistenza di segreti tecnici e/o commerciali, dedotti solo in corso di causa. La stessa ha inoltre preliminarmente eccepito l'inammissibilità dell'appello per non avere a suo avviso Invitalia impugnato il capo della sentenza relativo alla circostanza che la partecipazione alla gara d'appalto radicherebbe ex se la legittimazione all'ostensione.

Ha inoltre dedotto di essere ancora in termini per gravare l'aggiudicazione de qua, decorrendo il termine per impugnare, secondo l'insegnamento delle Plenaria n. 12 del 2020, dalla pubblicazione degli atti di gara, ovvero, in ipotesi di mancata pubblicazione, come nell'ipotesi *de qua*, dall'esitazione dell'istanza di accesso, che pertanto determinerebbe il differimento del termine per impugnare.

5. Si è costituita anche l'aggiudicataria della procedura, Ganosis Consorzio Stabile, aderendo alla prospettazione della stazione appaltante ma senza addurre specifici segreti tecnici e commerciali.

6. All'udienza del 27 gennaio, fissata per la trattazione dell'incidente cautelare, si è disposto il rinvio all'udienza camerale di discussione del 24 marzo 2022, ai fini della definizione nel merito.

7. Le parti hanno prodotto memorie difensive in vista dell'udienza, ex art. 73 comma 1 c.p.a, insistendo nei rispettivi assunti.

8. In via preliminare va vagliata l'eccezione di inammissibilità del gravame formulata da P&P Costruzioni.

8.1. La stessa va disattesa in quanto l'appellante ha contestato per intero la motivazione contenuta nella gravata sentenza, aderendo ad una diversa ricostruzione del diritto di accesso sulla base del richiamo a diversi orientamenti giurisprudenziali; peraltro la condivisibilità di tali orientamenti e la specifica attinenza degli stessi al diniego di accesso oggetto del ricorso di *prime cure* è questione che attiene al merito della controversia e non all'ammissibilità dell'appello.

9. L'appello peraltro è infondato nel merito, dovendosi confermare la sentenza di prime cure, sia pure con le precisazioni di seguito indicate.

9.1. Ed invero la giurisprudenza richiamata da parte appellante e posta a base dei motivi di appello attiene per un verso al rapporto fra degli specifici dati riservati e giudizio civile (Cons. di Stato, ad. Plen. n. 20/2020 in materia di rapporto fra accesso all'anagrafe tributaria e il giudizio civile di separazione nonché di rapporto fra l'azione di accesso in sede giurisdizionale amministrativa e l'accesso ex art. 492 bis c.p.c. e 155 sexies disposizioni attuazioni c.p.c.) e per altro verso al rapporto fra accesso difensivo in materia di appalti e segreti tecnici e commerciali ex art. 53 comma 6 d.lgs. 50/2016 (ex multis Cons. Stato Sez. III, 13/07/2021, n. 5290; Cons. Stato Sez. V, 28/02/2020, n. 1451).

9.2. Nell'ipotesi di specie per contro i dinieghi oggetto di impugnativa in prime cure non sono affatto motivati in ragione del rilievo ostativo della sussistenza di segreti tecnici e commerciali, né della sussistenza di specifici dati riservati cui contrapporre il diritto di accesso ex art. 24 comma 7 l. 241/90 - avendo peraltro la parte richiesto l'accesso non solo alle offerte tecniche e alle giustificazioni prodotte in sede di verifica dell'anomalia, ma a tutta la documentazione di gara, ivi compresi i verbali di gara che avrebbero dovuto essere oggetto di pubblicazione – ma in ragione della genericità dell'istanza di accesso e della non ravvisabilità di un interesse attuale e concreto (primo diniego) e dell'assenza di prova di strumentalità fra la documentazione proposta ed il giudizio istaurato od istaurando (secondo diniego). Pertanto alcun rilievo assume la motivazione relativa alla sussistenza di (possibili) segreti tecnici e commerciali dedotta dalla stazione appaltante solo in corso di giudizio, non risultando che la stessa abbia interpellato i partecipanti alla procedura, laddove al fine di opporre il segreto tecnico o commerciale doveva aversi riguardo a quanto dagli stessi dedotto, alla luce della giurisprudenza in materia secondo cui “nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica è escluso il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione

in relazione alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali” (ex multis Cons. Stato Sez. III, 28/09/2020, n. 5644; Cons. Stato Sez. V, 01/07/2020, n. 4220).

Ed invero il giudice di prime cure ha comunque fatta salva la possibilità che nel corso del procedimento di accesso i partecipanti alla procedura possano opporre segreti tecnici e commerciali, laddove nell'accogliere il ricorso ha ordinato ad *“Invitalia l'ordine di consentire – previa valutazione della sussistenza di situazioni ostative ai sensi dell'art. 53 d.lgs. 50/2016 – l'accesso della ricorrente agli atti della procedura di affidamento dei “Lavori di riallestimento degli spazi espositivi della Galleria Nazionale dell'Umbria” entro giorni trenta dalla comunicazione o notificazione del presente provvedimento”*.

9.3. Appare pertanto corretta la conclusione cui è prevenuto il Tar Lazio, in quanto non venendo nell'ipotesi di specie in rilievo la contrapposizione fra l'accesso difensivo e i segreti tecnici e commerciali alcun possibile vaglio doveva essere compiuto in ordine alla strumentalità fra la documentazione richiesta e le esigenze difensive in un giudizio già azionato alla luce della giurisprudenza indicata da parte appellante e formata sull'interpretazione dell'art. 53 comma 6 d.lgs. 50/2016, dovendosi semmai fare riferimento al comma 1 del medesimo art. 53 che rinvia all'art. 22 e ss, l. 241/90 - per quanto non espressamente derogato dal medesimo codice dei contratti pubblici - e dunque alla generica regolamentazione del diritto di accesso.

9.3.1. Anche l'accesso documentale agli atti della procedura di gara va infatti inquadrato nel generale istituto dell'accesso amministrativo, che trova la propria causa legittimante in un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso ex art. 22 comma 1 lett. b) l. 241/90, interesse questo senza dubbio sussistente in capo ad un partecipante ad una procedura ad evidenza pubblica rispetto agli atti della procedura medesima.

L'art. 22, comma 2, l. n. 241/1990 contiene al riguardo una definizione positiva della natura, dell'oggetto e della funzione dell'istituto: «L'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza».

Più in particolare, come sottolineato dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 19/2020, *“con riguardo alla natura giuridica è chiarito che l'accesso è il principio regolatore dell'attività amministrativa; quanto all'oggetto, che l'accesso soddisfa finalità di pubblico interesse; in relazione alla funzione, che l'accesso favorisce la partecipazione e assicura l'imparzialità e la trasparenza.*

La funzione in parola (e cioè l'essere, l'accesso, strumento di partecipazione, di imparzialità e di trasparenza) trova una più compiuta definizione contenutistica nel successivo comma 3, il quale stabilisce il principio della generale accessibilità agli atti, «ad eccezione di quelli indicati all'articolo 24, commi 1, 2, 3, 5 e 6».

Nel suo ultimo comma, invece, l'art. 24 cit. enuclea un'autonoma funzione dell'accesso, diversa da quella per l'innanzi disciplinata, e la costruisce tecnicamente come una 'eccezione' rispetto all'elenco delle esclusioni dal diritto di accesso che danno la rubrica all'articolo in parola.

Il comma 7 è netto nello stabilire che «[d]eve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale».

L'utilizzo dell'avverbio «comunque» denota la volontà del legislatore di non 'appiattare' l'istituto dell'accesso amministrativo sulla sola prospettiva della partecipazione, dell'imparzialità e della trasparenza, e corrobora la tesi che esistano, all'interno della fattispecie giuridica generale dell'accesso, due anime che vi convivono, dando luogo a due fattispecie particolari, di cui una (e cioè quella relativa all'accesso cd. difensivo) può addirittura operare quale eccezione al catalogo di esclusioni previste per l'altra (e cioè,

l'accesso partecipativo), salvi gli opportuni temperamenti in sede di bilanciamento in concreto dei contrapposti interessi (v. Cons. Stato, Sez. VI, ord. 7 febbraio 2014, n. 600).

In conclusione, dunque, sono due le logiche all'interno delle quali opera l'istituto dell'accesso: la logica partecipativa e della trasparenza e quella difensiva.

Ad entrambe è preposto l'esercizio del potere amministrativo, secondo regole procedurali nettamente differenziate.

La logica partecipativa è imperniata sul principio generale della massima trasparenza possibile, con il solo limite rappresentato dalle esclusioni elencate nei commi 1, 2, 3, 5 e 6 dell'art. 24 della medesima legge n. 241.

La logica difensiva è costruita intorno al principio dell'accessibilità dei documenti amministrativi per esigenze di tutela e si traduce in un onere aggravato sul piano probatorio, nel senso che grava sulla parte interessata l'onere di dimostrare che il documento al quale intende accedere è necessario (o, addirittura, strettamente indispensabile se concerne dati sensibili o giudiziari) per la cura o la difesa dei propri interessi.

La tecnica legislativa utilizzata nel comma 7, rispetto ai precedenti commi del medesimo art. 24, avvalorata la tesi che questo aggravamento probatorio in tanto si giustifica, proprio in quanto si fuoriesce dalla stretta logica partecipativa e di trasparenza, per entrare in quella, diversa, difensiva... Appare sufficiente rifarsi, sotto questo profilo, alla puntuale disciplina positiva sopra riportata: l'art. 24, comma 7, legge n. 241 garantisce «l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici»; l'art. 22, comma 1, lettera d), della medesima legge, con formula replicata anche dall'art. 2, comma 1, d.P.R. n. 184/2006, definisce l'ambito soggettivo dei legittimati all'accesso documentale, individuandoli in «tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi», nonché l'interesse legittimante all'accesso, indicandolo in «un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso».

9.3.2. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con il recente pronunciamento n. 4 del 2021, che attiene al rapporto fra accesso difensivo ex art. 24 comma 7 l. 241/90 e dati coperti da riservatezza (cd. finanziaria ed economica), ha inoltre sancito i seguenti principi di diritto: a) in materia di

accesso difensivo ai sensi dell'art. 24, comma 7, della l. n. 241 del 1990 si deve escludere che sia sufficiente nell'istanza di accesso un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando, poiché l'ostensione del documento richiesto passa attraverso un rigoroso, motivato, vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare;

b) la pubblica amministrazione detentrica del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. non devono invece svolgere ex ante alcuna ultronea valutazione sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione detentrica del documento o al giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso, salvo il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla l. n. 241 del 1990.

9.4. Peraltro la tematica del rapporto tra riservatezza ed accesso difensivo, ex art. 24 comma 7 c.p.a, attiene al rapporto tra accesso necessario per la cura e difesa dei propri interessi giuridici e dati riservati normalmente esclusi dal diritto di accesso e la tematica fra accesso difensivo ex art. 53 comma 6 d.lgs. 50/2016 e segreti tecnici e commerciali attiene al diniego di ostensione di specifici profili dell'offerta tecnica o delle giustificazioni contenenti detti segreti, laddove nell'ipotesi di specie il diniego non è motivato su detti specifici rilievi e vi è stato un rifiuto generalizzato all'accesso a tutta la documentazione di gara, ivi compresi i verbali di gara, per cui tali problematiche non appaiono idonee a giustificare il diniego di accesso alla generalità della documentazione di gara.

9.4.1. Ciò in quanto per contro in materia di appalti pubblici – fatte salve le deroghe espressamente considerate dall’art. 53 d.l.gs. 50/2016, fra cui quella relativa ai segreti tecnici e commerciali – non vengono in rilievo profili di riservatezza, ma semmai profili di trasparenza evincibili dall’obbligo di pubblicazione degli atti di gara da parte della stazione appaltante (cfr al riguardo Consiglio di Stato Adunanza Plenaria n. 12/2020), nonché dalla stessa possibilità di esperire nella materia de qua l’accesso civico generalizzato (ex multis Consiglio di Stato Adunanza Plenaria n. 10/2020 secondo cui *“la disciplina dell’accesso civico generalizzato, fermi i divieti temporanei e/o assoluti di cui all’art. 53 del d. lgs. n. 50 del 2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara e, in particolare, all’esecuzione dei contratti pubblici, non ostandovi in senso assoluto l’eccezione del comma 3 dell’art. 5-bis del d. lgs. n. 33 del 2013 in combinato disposto con l’art. 53 e con le previsioni della l. n. 241 del 1990, che non esenta in toto la materia dall’accesso civico generalizzato, ma resta ferma la verifica della compatibilità dell’accesso con le eccezioni relative di cui all’art. 5-bis, comma 1 e 2, a tutela degli interessi-limite, pubblici e privati, previsti da tale disposizione, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza”*, con l’ulteriore precisazione peraltro che *“la pubblica amministrazione ha il potere-dovere di esaminare l’istanza di accesso agli atti e ai documenti pubblici, formulata in modo generico o cumulativo dal richiedente senza riferimento ad una specifica disciplina, anche alla stregua della disciplina dell’accesso civico generalizzato, a meno che l’interessato non abbia inteso fare esclusivo, inequivocabile, riferimento alla disciplina dell’accesso documentale, nel qual caso essa dovrà esaminare l’istanza solo con specifico riferimento ai profili della l. n. 241 del 1990, senza che il giudice amministrativo, adito ai sensi dell’art. 116 c.p.a., possa mutare il titolo dell’accesso, definito dall’originaria istanza e dal conseguente diniego adottato dalla pubblica amministrazione all’esito del procedimento”*).

9.5. Ciò posto, fermo restando che nell’ipotesi di specie la parte istante ha fatto riferimento all’accesso documentale, per cui non viene in rilievo l’accesso civico generalizzato, l’appello va rigettato in considerazione del rilievo che la situazione legittimante l’accesso documentale ex art. 53 comma

1 e 22 l. 241/90 è ravvisabile nella circostanza che l'istante ha richiesto l'accesso agli atti di gara inerenti la procedura ad evidenza pubblica cui ha preso parte e la cui legittimità intende scrutinare, anche valutando la corretta valutazione delle ammissioni degli altri concorrenti – da intendersi riferita a quelli che lo precedono in graduatoria - e la corretta valutazione delle loro offerte, per cui sussiste senza dubbio un interesse attuale e concreto alla conoscenza degli atti di gara; a tali fini non è rilevante la circostanza che lo stesso si sia collocato all'ottavo posto in graduatoria, in quanto questa circostanza non potrebbe rilevare neppure ove venga in rilievo l'accesso a documenti riservati ex art. 24 comma 7 l. 241/90, atteso che, – fermo restando il più grave onere di allegazione gravante sull'istante e che comunque deve intendersi soddisfatto, nell'ipotesi di specie, con il richiamo alla necessità di deliberare la corretta ammissione e la corretta valutazione delle offerte degli altri concorrenti (da intendersi quelli che precedono l'istante in graduatoria), non potendo esigersi una specificazione più puntuale in assenza del rifiuto dell'ostensione degli atti della procedura di gara - come precisato nella citata decisione dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2021 *“la pubblica amministrazione detentrici del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. non devono invece svolgere ex ante alcuna ultronea valutazione sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione detentrici del documento o al giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso, salvo il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla l. n. 241 del 1990”*.

10. Né infine assume rilievo, come del resto evidenziato da parte appellata, la circostanza che alcun ricorso giurisdizionale sia stato ancora proposto, avuto riguardo alla circostanza che non avendo la stazione appaltante esitato la richiesta di accesso, il termine per proporre ricorso non può dirsi ancora

decorso, alla luce del noto principio sancito dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 12/2020.

10.1. Con tale sentenza l'Adunanza Plenaria ha infatti statuito che i termini per la proposizione del ricorso decorrono dalla pubblicazione degli atti, anche mediante le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara ed accettate dai partecipanti alla procedura, purché gli atti stessi siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati; d'altro canto, *“la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la “dilazione temporale” quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta”* (cfr. § 32).

Sotto quest'ultimo profilo, in particolare, l'Adunanza plenaria ha affermato che *“L'Amministrazione aggiudicatrice deve consentire all'impresa interessata di accedere agli atti, sicché - in presenza di eventuali suoi comportamenti dilatori (che non possono comportare suoi vantaggi processuali, per il principio della parità delle parti) - va ribadito quanto già affermato dalla giurisprudenza sopra richiamata al § 19, per la quale, qualora l'Amministrazione aggiudicatrice rifiuti l'accesso o impedisca con comportamenti dilatori l'immediata conoscenza degli atti di gara (e dei relativi allegati), il termine per l'impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l'interessato li abbia conosciuti”* (§ 25.2). *In coerenza con questa affermazione, la pronuncia richiamata ha aggiunto che “Poiché il termine di impugnazione comincia a decorrere dalla conoscenza del contenuto degli atti, anche in tal caso non è necessaria la previa proposizione di un ricorso ‘al buio’ [‘in abstracto’, nella terminologia della Corte di Giustizia, e di per sé destinato ad essere dichiarato inammissibile, per violazione della regola sulla specificazione dei motivi di ricorso, contenuta nell'art. 40, comma 1, lettera d), del c.p.a.], cui dovrebbe seguire la proposizione di motivi aggiunti”* (§ 31).

In altri termini, se i profili contestati non erano conoscibili sulla base della documentazione pubblicata dalla Stazione appaltante o comunque resa accessibile con le modalità previste dalla lex specialis di gara, il termine per la

proposizione del ricorso decorre da quando i medesimi profili sono stati conosciuti dal concorrente a seguito di accesso agli atti.

La ratio dei principi enucleati nella Sentenza dell'Adunanza Plenaria è quella di evitare "ricorsi al buio", per cui unico onere imposto all'operatore economico è quello di presentare istanza di accesso nel termine di quindici giorni dalla conoscibilità dell'atto lesivo; dopodichè il termine di proposizione del ricorso decorre in ogni caso dall'esitazione dell'istanza di accesso, ove il vizio fatto valere poteva evincersi solo dalla conoscenza degli atti di gara non oggetto di pubblicazione e conosciuti solo dopo l'accesso.

La questione della decorrenza del termine di impugnazione degli atti di una procedura di gara per l'affidamento di un contratto di appalto è stata pertanto risolta dall'Adunanza Plenaria mediante la predisposizione di uno schema articolato in momenti diversi di possibile conoscenza degli atti di gara, ad ognuno dei quali corrispondono precise condizioni affinché possa aversi decorrenza del termine di impugnazione dell'aggiudicazione, in base alla considerazione, di carattere generale, per la quale l'individuazione della decorrenza del termine per ricorrere "continua a dipendere dal rispetto delle disposizioni sulle formalità inerenti alla "informazione" e alla "pubblicizzazione" degli atti, nonché dalle iniziative dell'impresa che effettui l'accesso informale con una "richiesta scritta" per la quale sussiste il termine di quindici giorni previsto dall'art. 76, 2° comma, del D.Lgs. n. 50/2016" (Cons. Stato Sez. V, 19/01/2021, n. 575).

Sulla base di quanto affermato dall'Adunanza Plenaria, una volta chiarito che il regime processuale del termine per proporre ricorso in materia di appalti ex art. 120 c.p.a. non può prescindere dalla piena conoscenza del contenuto degli atti di gara (soggetti ad obbligo di pubblicazione), la tutela effettiva del relativo diritto di difesa (che implica un tempo di trenta giorni per esaminare gli atti, predisporre il ricorso e provvedere alla sua notifica) comporterà che esso dovrà poter essere compiutamente esercitato per tutto il tempo previsto dalla legge.

Spetterà dunque alla stazione appaltante organizzare la pubblicazione degli atti di gara ed espletare le necessarie formalità per consentire il pieno accesso a questi ultimi a richiesta delle concorrenti tempestivamente, così da assicurare il compiuto decorso del termine per impugnare, non potendo il tempo impiegato dalla medesima stazione appaltante per esitare l'istanza di accesso comportare suoi vantaggi processuali, per il principio della parità delle parti, secondo quanto evincibile dal citato arresto dell'Adunanza Plenaria.

11. Ciò senza mancare di evidenziare che la conoscenza degli atti di una procedura di gara cui si è partecipato prescinde dalla esistenza in concreto di una controversia giurisdizionale, ovvero dalla giuridica possibilità di iniziarne una, allorquando alla richiesta di accesso non vengano contrapposti specifici segreti tecnici e commerciali.

E' infatti ben vera la natura strumentale del "diritto di accesso" ex lege 241/90 (CdS, a.p., n. 6/06), in quanto situazione giuridica che:

- ex se non garantisce la acquisizione o la conservazione di beni della vita e, dunque, non assicura al suo titolare il conseguimento di utilità finali;
- è strumentale, piuttosto, al soddisfacimento (o al miglior soddisfacimento) di altri interessi giuridicamente rilevanti (diritti o interessi), rispetto ai quali si pone in posizione ancillare;
- deve essere correlata - in modo diretto, concreto e attuale - ad altra "situazione giuridicamente tutelata" (art. 22, comma, 1, l. 241/90 e la definizione di "interessati" ivi contenuta): non si tratta, dunque, di una posizione sostanziale autonoma, ma di un potere di natura procedimentale, funzionale alla tutela di situazioni stricto sensu sostanziali, abbiano esse consistenza di diritto soggettivo o interesse legittimi.

E, tuttavia, una tale natura strumentale non mai può essere intesa nel senso di limitare l'accesso ai casi in cui vi sia un giudizio in corso, ovvero sia ancora giuridicamente possibile avviare un'azione giudiziaria; e ciò anche a voler obnubilare l'ovvio rilievo per cui una tale valutazione -in punto di proponibilità, ricevibilità e/o ammissibilità della domanda giudiziale- pertiene

alla competente Autorità giurisdizionale, e non certo alla Amministrazione in sede di delibazione di una domanda di accesso agli atti.

Di talché, la posizione “conoscitiva” azionata dalla ricorrente in prime cure è funzionale alla tutela di altra, diversa, situazione giuridica, afferente al diritto di impresa (art. 41 Cost.) lato sensu inteso, oltre che alla legittima aspirazione di verificare –come del resto, *expressis verbis* rappresentato nella istanza di accesso- la correttezza dell’agere dei pubblici poteri (artt. 3, 24 e 97 Cost.) in una procedura in cui comunque la società ha ricorrente ha preso parte, dispiegando la propria capacità di agire nell’ordinamento (art. 2 Cost.).

Tanto basta a disvelare la esistenza di un interesse personale, attuale e concreto, collegato agli atti, e indi costitutivo di una posizione legittimante.

12. In considerazione dell’infondatezza dell’appello resta confermato l’ordine impartito alla stazione appaltante di esitare l’istanza di accesso nel termine di trenta giorni, ferma restando la valutazione da parte della stessa, previa istaurazione del necessario contraddittorio con i controinteressati, di ragioni ostative all’accesso a specifici dati coperti da segreto tecnico o commerciale ex art. 53 comma 6 d.l.gs. 50/2016 afferenti singoli punti delle offerte tecniche, ovvero delle giustificazioni rese nel giudizio di valutazione dell’anomalia dell’offerta.

13. Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo nei rapporti fra parte appellante, cui va imputato il rifiuto di ostensione, e parte appellata, mentre sussistono eccezionali e gravi motivi per compensarli nei rapporti con la controinteressata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna Invitalia S.p.A. - Agenzia Nazionale per L'Attrazione degli Investimenti e Lo Sviluppo D'Impresa alla refusione delle spese di lite nei confronti di P&P Costruzioni Generali S.r.l. liquidate in complessivi euro 3.000,00 (tremila/00), oltre oneri accessori, se dovuti, come per legge.

Compensa le spese di lite nei rapporti con Ganosis Consorzio Stabile Soc.
Cons. A.R.L.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 marzo 2022 con
l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Diana Caminiti

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO