

**I rapporti fra il diritto d'accesso documentale ex artt. 22 ss. della L. 241/1990 e la disciplina speciale e settoriale dell'accesso in materia di appalti ex art. 53 del D.lgs. 50/2016
(T.A.R. Lazio, sez. III quater, sent. 27 aprile 2020, n. 4202)**

Nella sentenza in epigrafe, i giudici capitolini degli interessi legittimi, in tema di appalti pubblici e diritti d'accesso, hanno analizzato il combinato normativo tra il generale diritto d'accesso documentale dell'interessato, ammesso dagli artt. 22 ss. della Legge n. 241/1990, e il diritto d'accesso settoriale normato in via speciale dall'art. 53 del D.Lgs. 50/2016. Il rapporto tra la normativa generale (Legge 241/1990) e quella particolare (D.Lgs. 50/2016) si atteggia in termini di complementarietà: le disposizioni contenute nella legge sul procedimento amministrativo trovano, infatti, applicazione tutte le volte in cui non si rinvencono disposizioni derogatorie nel Codice dei contratti pubblici. Per i partecipanti alla procedura ad evidenza pubblica, il rispetto dell'art. 53 del D.Lgs. 50/2016 comporta un accurato controllo in ordine alla effettiva utilità della documentazione richiesta allo specifico fine di verificare la sussistenza del concreto nesso di strumentalità tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e la tutela in giudizio degli interessi della stessa impresa ricorrente, quale partecipante alla procedura di gara pubblica il cui esito è controverso. Le compressioni al diritto di accesso operate dai commi 2 e 5 dell'art. 53 del D.Lgs. 50/2016 rappresentano norme speciali e, comunque, eccezionali, da interpretarsi in modo restrittivo; le deroghe a tali eccezioni, contenute nel comma 6 di tale ultima disposizione, invece, consentendo una riesplorazione e riaffermazione del diritto generalmente riconosciuto nel nostro ordinamento di accedere agli atti, possono ben essere considerate "eccezioni all'eccezione" e, dunque, regola.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 14991 del 2019, proposto da Plus S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Paolo Francica, Carlo Lucioni, Roberta Valentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Lazio Roma Tar in Roma, via Flaminia 189;

contro

Croce Rossa Italiana, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Arturo Cancrini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza di San Bernardo, 101;

per l'annullamento

- della Lettera di invito alla *"Procedura negoziata, tramite piattaforma net4market, ai sensi dell'art. 36, commi 2 lett. b) e 6, del d.lgs. 50/2016, per affidamento, fornitura, trasporto e montaggio di allestimenti per l'evento congressuale Jump 2019 per l'associazione della Croce Rossa Italiana Organizzazione di Volontariato"*, gara numero 7587808, CIG: 808961517C (doc. 1), ivi compresi tutti gli allegati ed in particolare:

- l'Allegato A alla Lettera di invito, recante *"Scheda tecnica per affidamento, fornitura, trasporto e montaggio di allestimenti per l'evento congressuale Jump 2019 per l'Associazione della Croce Rossa Italiana Organizzazione di Volontariato"*;

- l'Allegato A1, recante *"Planimetria Jump 2019"*;

- l'Allegato H, recante *"Disciplinare Telematico"*;

se ed in quanto occorrer possa,

- delle comunicazioni via mail trasmesse da CRI il 12.11.2019, ore 16:43, e il 13.11.2019, ore 5:36, con cui è stata confermata l'esclusione di PLUS dalla procedura in oggetto;

- del chiarimento pubblicato sulla Piattaforma, il 06.11.2019;

- dell'eventuale aggiudicazione nel frattempo intervenuta, ancorché non conosciuta;

- di tutti gli eventuali verbali delle sedute della Commissione di gara, ancorché non conosciuti;

- nonché di ogni altro atto inerente alla procedura di gara presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché allo stato non conosciuto, con espressa riserva di motivi aggiunti e di proporre istanza incidentale di sospensione degli atti impugnati in corso di causa, anche in relazione agli atti non conosciuti;

Nonché per

il risarcimento del danno per equivalente, subito in conseguenza dell'impossibilità di partecipare alla procedura in oggetto, nonché del danno conseguente alla predisposizione dei progetti precedentemente alla pubblicazione della Lettera di invito alla procedura in oggetto,

E, ex art. 116, C. 2, D.LGS. 104/2010, per la declaratoria di accertamento

del diritto del ricorrente a prendere visione ed estrarre copia degli atti e documenti oggetto dell'istanza di accesso agli atti presentata in data 19.11.2019, con conseguente ordine all'Amministrazione intimata di esibizione della documentazione richiesta

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Croce Rossa Italiana;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2020 la dott.ssa Francesca Ferrazzoli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

1. Questi i fatti di cui è causa.

La Croce Rossa Italiana ha bandito una *“Procedura negoziata, tramite piattaforma Net4Market, ai sensi dell’art. 36, commi 2 lett. b) e 6, del d.lgs. 50/2016, per affidamento, fornitura, trasporto e montaggio di allestimenti per l’evento congressuale Jump 2019 per l’associazione della Croce Rossa Italiana Organizzazione di Volontariato”*.

La ditta Plus riferisce che, avviando la procedura di caricamento della propria offerta tramite la Piattaforma, si sono verificati una serie di malfunzionamenti, bug del sistema e/o informazioni imprecise e contraddittorie che non le hanno permesso di inviare la stessa nei termini di cui alla *lex specialis* di gara (11 novembre 2019).

Riferisce, altresì, di essere riuscita a contattare l’assistenza telefonica Net4Market solo nel pomeriggio del 12 novembre 2019, quindi quando il termine per la presentazione delle offerte era già scaduto.

Con mail del 12 novembre 2019, la Stazione appaltante ha informato la Plus che *“non è più possibile caricare i documenti in quanto sono scaduti i termini di presentazione delle offerte e non c’è modo di inviare la documentazione dopo la scadenza dei termini”*.

In considerazione di ciò, il successivo 19 novembre 2019, l’odierna esponente ha inviato alla Croce Rossa Italiana istanza di accesso ai sensi degli art. 53, d.lgs. 50/2016, e 22 ess, l. 241/1990, chiedendo l’ostensione del fascicolo relativo alla procedura in oggetto, ivi compresi, in particolare: tutti gli atti e provvedimenti, inclusi quelli istruttori, relativi alla predisposizione degli atti della procedura negoziata in oggetto; tutti gli inviti alla partecipazione alla gara in oggetto indirizzati agli operatori economici selezionati da CRI; le offerte presentate da tutti gli operatori economici invitati a partecipare alla procedura negoziata; tutti gli atti e provvedimenti relativi alla valutazione delle offerte ed all’aggiudicazione della gara; l’eventuale contratto, con tutti i relativi allegati, concluso con l’operatore economico risultato aggiudicatario della procedura.

Successivamente, con ricorso notificato in data 29 novembre 2019, la Plus ha chiesto l’annullamento, previa sospensione degli effetti, della lettera di invito alla procedura negoziata in esame, nonché il risarcimento del danno per equivalente, subito in conseguenza dell’impossibilità di partecipare alla procedura in oggetto, e del danno conseguente alla predisposizione dei progetti precedentemente alla pubblicazione della Lettera di invito.

Ha articolato i seguenti motivi di diritto:

- *“In via principale: illegittimità dell’intera procedura di gara – Violazione dell’art. 36, c. 2, lett. B, d.lgs. 50/2016 – Violazione dell’art. 76, c. 1, d.lgs. 50/2016 – Violazione dei principi di pubblicità e trasparenza delle gare di appalto”*;

- *“In via principale: illegittimità dell’intera procedura di gara – Eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà - Eccesso di potere per ingiustizia manifesta – Violazione dei principi costituzionali di correttezza e buon andamento dell’azione amministrativa ex art. 97 della costituzione – Violazione della normativa in materia di sicurezza”*;

- *“In subordine: violazione e falsa applicazione dell’art. 79, c. 5-bis, d.lgs. 50/2016 – Violazione del principio di massima partecipazione e di concorrenza – Violazione del principio della par condicio tra concorrenti”*;

- *“Eccesso di potere per contraddittorietà – Eccesso di potere per ingiustizia manifesta – Violazione del principio di leale collaborazione”*.

In data 18 dicembre 2019, dunque nelle more del giudizio in esame, la Stazione appaltante ha disposto l'aggiudicazione definitiva in favore della Tecnoconference - unica operatrice economica a far pervenire la propria offerta, con un ribasso del 6,50% sul prezzo a base d'asta - ed il successivo 20 dicembre ha stipulato il contratto.

A seguito del perdurante silenzio della Croce Rossa Italiana sulla domanda di ostensione degli atti di gara del 19 novembre 2019, con istanza ex art. 116 c.p.a. depositata in data 3 gennaio 2020, l'odierna ricorrente ha chiesto volersi dichiarare l'illegittimità del silenzio diniego formatosi a seguito del decorso dei termini di legge, nonché la dichiarazione del diritto di accedere, ai sensi degli artt. 22 ss., l. 241/1990, e 53, d.lgs. 50/2016, ai documenti richiesti e, per l'effetto, di ordinare a CRI, in persona del legale rappresentante pro tempore, l'esibizione ed il rilascio di copia di tutti gli atti e documenti richiesti.

Ha formulato i seguenti motivi di diritto:

- *"Violazione degli artt. 1 e 2, l. 241/1990 – Violazione dei principi di celerità, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa"*;
- *"Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 25, comma 3, l. 241/1990, e dell'art. 9, D.P.R. 184/2006 – Difetto assoluto di motivazione"*;
- *"Violazione e falsa applicazione degli artt. 22 e 24, l. 241/1990, dell'art. 53, d.lgs. 50/2016, e dell'art. 9, D.P.R. 184/2006. Violazione dell'art. 3, l. 241/1990 – Difetto assoluto di motivazione sotto altro profilo – Difetto di istruttoria"*;
- *"Violazione dell'art. 22, l. 241/1990, dell'art. 53, d.lgs. 50/2016, e degli artt. 24 e 113 Cost. – Violazione del diritto di difesa e di effettività della tutela giurisdizionale"*;
- *"Violazione dell'art. 97 Cost. – violazione del principio di trasparenza e buona amministrazione dell'azione amministrativa – Eccesso di potere per illogicità manifesta"*.

La Croce Rossa si è costituita con memoria di stile in data 7 gennaio 2020 ed il successivo 14 febbraio ha versato in atti la nota del 13 febbraio con cui ha parzialmente riscontrato l'istanza di accesso ed i documenti ostesi (atto a contrarre, verbale apertura buste, comunicazione aggiudicazione, aggiudicazione definitiva, contratto sottoscritto dalle parti).

All'udienza del 21 aprile 2020, l'istanza ex art. 116 è stata introitata per la decisione, ai sensi di quanto previsto dall'art. 84, co. 2, D.L. n. 18/2020.

2. Il ricorso è fondato e deve essere accolto nei limiti e con le modalità che si vengono ad illustrare. Con i motivi, che per comunanza delle censure possono essere esaminati congiuntamente, in estrema sintesi la Plus lamenta: la violazione dell'art. 2, L. 241/1990 - che prescrive che i procedimenti amministrativi debbano concludersi mediante l'adozione di un provvedimento espresso quando sono avviati d'ufficio o quando devono obbligatoriamente conseguire ad un'istanza di parte - e dei principi di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa; la violazione del principio generale dell'obbligo di motivazione degli atti amministrativi; la violazione degli articoli 22, L. 241/1990 e 53, c. 5, d.lgs. 50/2006 in forza dei quali il diritto di accesso ha sempre preminenza se -come nel caso di specie- la conoscenza dei documenti posseduti dalla P.A. è necessaria per dare concretezza ed effettività all'esercizio del diritto di difesa; la violazione del principio di buona amministrazione.
3. Risulta preventivamente opportuno ricostruire la disciplina giuridica dell'accesso ai documenti amministrativi, con particolare riguardo agli atti di gara.

Orbene, in tema di appalti pubblici, l'accesso è diritto dell'interessato, ammesso in via generale dall'art. 22 della L. n. 241/1990 e normato in via speciale dall'art. 53 del D.Lgs. 50/2016. Il rapporto tra la normativa generale (L. 241/1990) e quella particolare (D.Lgs. 50/2016), si atteggia in termini di complementarità: le disposizioni contenute nella legge sul procedimento amministrativo trovano, infatti, applicazione tutte le volte in cui non si rinvencono disposizioni derogatorie nel Codice dei contratti.

La giurisprudenza ha osservato in proposito che *“la previsione di particolari limiti oggettivi e soggettivi all'accessibilità degli atti concernenti le procedure di affidamento dei contratti pubblici e l'introduzione di veri e propri doveri di non divulgare il contenuto di determinati atti, assistiti da apposite sanzioni di carattere penale, destinata a regolare in modo completo tutti gli aspetti relativi alla conoscibilità degli atti e dei documenti rilevanti nelle diverse fasi di formazione ed esecuzione dei contratti pubblici — costituisce una sorta di microsistema normativo, collegato alla peculiarità del settore considerato, pur all'interno delle coordinate generali dell'accesso tracciate dalla l. n. 241 del 1990. In questa prospettiva, l'art. 53, comma 1, primo periodo, del d.lg. 18 aprile 2016, n. 50 è più puntuale e restrittivo di quanto previsto dall'art. 24, l. 7 agosto 1990, n. 241, definendo esattamente l'ambito di applicazione della esclusione dall'accesso, ancorandola, sul versante della legittimazione soggettiva attiva, al solo concorrente che abbia partecipato alla selezione e sul piano oggettivo, alla sola esigenza di una difesa in giudizio. Per i partecipanti alla gara, il rispetto del citato art. 53 comporta, dunque, un accurato controllo in ordine alla effettiva utilità della documentazione richiesta allo specifico fine di verificare la sussistenza del concreto nesso di strumentalità tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e la tutela in giudizio degli interessi della stessa impresa ricorrente, quale partecipante alla procedura di gara pubblica il cui esito è controverso”* (TAR Venezia n. 803/2019).

Le compressioni di cui ai commi 2 e 5 dell'art. 53 del D.Lgs. 50/2016 rappresentano norme speciali e, comunque, eccezionali, da interpretarsi in modo restrittivo; le deroghe a tali eccezioni, contenute nel comma 6 di tale ultima disposizione, invece, consentendo una riespansione e riaffermazione del diritto generalmente riconosciuto nel nostro ordinamento di accedere agli atti, possono ben essere considerate *“eccezioni all'eccezione”* e, dunque, regola.

In particolare, ai sensi dell'art. 53, comma 5, primo periodo, del nuovo Codice dei Contratti pubblici, sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione *“alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta a giustificazione della medesima, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali”*.

Il successivo comma 6 prevede che *“in relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto”*.

Tale disposizione introduce, nello specifico campo degli appalti pubblici, una speciale figura di accesso cd. *“difensivo”* che *“prevale (...) sulle contrapposte esigenze di tutela del segreto tecnico e commerciale (...) solo laddove l'accesso sia azionato 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”* (ex multis: C. di St. n. 3431/2016).

Ne deriva che *“alla luce della formulazione letterale della norma e della interpretazione sistematica del bilanciamento di valori attuata dall'art. 13, la prevalenza dell'accesso deve essere individuata nei soli casi in cui si impugnino atti della procedura di affidamento, ai fini di ottenerne l'annullamento e, comunque, il risarcimento del danno, anche in via autonoma”* (Cons. Stato, sent. n. 3431/2016, cit.).

Per completezza, deve essere anche osservato che: *“Una lettura coordinata e funzionale dell’art. 53 d.lg. n. 50/2016 e dell’art. 5 bis, comma 3, d.lg. n. 33/2013 evidenzia che il disposto dell’art. 5 bis, comma 3, cit. fa riferimento, nel limitare il diritto di accesso generalizzato, a “specifiche condizioni, modalità e limiti” ma non a intere materie, sicché resterebbe immotivata l’esclusione dell’accesso generalizzato al settore dei contratti pubblici atteso che entrambe le discipline di cui al d.lg. n. 50/2016 e al d.lg. n. 33/2013 mirano all’attuazione dello stesso, identico principio di trasparenza ricavabile direttamente dalla Costituzione. L’accesso civico generalizzato, infatti, da un lato è soggetto a limitazioni di ordine esclusivamente oggettivo - tali per cui ove non si ricada in una “materia” esplicitamente sottratta, possono esservi soltanto “casi” in cui sussistono limitazioni, modalità e limiti - e, dall’altro, proprio nel settore degli appalti, è diretto a rafforzare la trasparenza amministrativa come strumento di prevenzione e contrasto alla corruzione, da implementarsi sia prima sia dopo l’aggiudicazione (fattispecie nella quale il Consiglio di Stato ha riformato la sentenza del Giudice di primo grado consentendo l’ostensione della documentazione di gara espletata e di esecuzione del relativo appalto richiesta ai sensi dell’art. 5, comma 2, d.lg. n. 33/2013 dall’operatore economico escluso a suo tempo dalla gara all’Azienda sanitaria locale)” (ex plurimis: C. di St. n. 3780/2019).*

4. Questo il quadro normativo e giurisprudenziale che regola l’accesso ai documenti amministrativi in tema di appalti.

Ebbene, nel caso di specie, nell’istanza presentata alla Croce Rossa il 19 novembre 2019, la Plus ha rappresentato di avere un interesse diretto, concreto ed attuale a prendere visione degli atti della gara in oggetto ai sensi degli artt. 53, d.lgs. 50/2016, e 22 e ss., l. 241/1990, *“in quanto partecipante alla procedura negoziata, ancorché non sia riuscita, non per propria colpa, a caricare a sistema la propria offerta, abbia certamente”*.

Ha altresì evidenziato che: *“anche considerate le evidenti incongruenze del progetto oggetto della gara soprattutto sotto il profilo della sicurezza, l’Istante ha necessità di potere disporre, con la massima urgenza, di copia degli atti e/o documenti inerenti procedura negoziata in oggetto, onde potere tutelare i propri diritti e interessi legittimi anche eventualmente avanti le competenti Autorità Giudiziarie”*.

Dunque la ricorrente ha puntualmente indicato le ragioni che l’hanno determinata a richiedere l’ostensione dei documenti *de quibus*, specificando che la conoscenza degli stessi è propedeutica alla difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto che occupa.

Pertanto nel bilanciamento degli interessi coinvolti, deve essere ritenuto prevalente il diritto della società ad accedere a detta documentazione, mentre devono ritenersi recessive le contrapposte esigenze di riservatezza della controinteressata.

Conseguentemente, deve essere dichiarato il diritto di accedere della società ai documenti richiesti ex artt. 22 ss., l. 241/1990, e 53, d.lgs. 50/2016, fatti salvi i limiti di cui ai commi 5 e 6 del predetto art. 53 che, come visto, consentono l’accesso alle informazioni che costituiscono segreti tecnici e/o commerciali solamente laddove esso sia necessario in vista della difesa in giudizio dei propri interessi.

Atteso che, nelle more del giudizio *de quo*, in parziale riscontro dell’istanza del 19 novembre 2019, sono stati già trasmessi all’istante l’atto a contrarre, il verbale apertura buste, la comunicazione di aggiudicazione, l’aggiudicazione definitiva ed il contratto sottoscritto dalle parti, la Croce Rossa Italiana dovrà, quindi, procedere all’ostensione della ulteriore documentazione richiesta e non

ancora resa accessibile - nei limiti di cui all'art. 53 commi 5 e 6 - nel termine di giorni trenta decorrente dalla comunicazione o, se a questa anteriore, dalla notificazione della presente decisione. In particolare, dovranno essere escluse dall'ostensione solamente quelle informazioni che costituiscono, secondo comprovata e motivata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali, salvo che non siano necessarie per la difesa in giudizio a favore dell'impresa ricorrente.

4. In definitiva, ribadite le svolte considerazioni, l'istanza ex art. 116 c.p.a. deve essere accolta e, per l'effetto, l'amministrazione intimata dovrà consentire l'accesso richiesto secondo le modalità indicate.

5. Sussistono giustificate ragioni per disporre la compensazione delle spese legali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sull'istanza ex art. 116 c.p.a. come in epigrafe proposta, la accoglie e, per l'effetto, dichiara l'obbligo dell'intimata Croce Rossa Italiana di consentire alla parte ricorrente di prendere visione ed estrarre copia, previo rimborso del costo di riproduzione e dei diritti di ricerca e visura, ed eventualmente previo oscuramento dei segreti tecnici e commerciali che non siano necessari per la difesa in giudizio, dei documenti richiesti con l'istanza di accesso di cui trattasi ed ancora non resi accessibili, nel termine di giorni trenta decorrente dalla comunicazione o, se a questa anteriore, dalla notificazione della presente decisione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2020 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Savoia, Presidente

Dauno Trebastoni, Consigliere

Francesca Ferrazzoli, Referendario, Estensore