

**DIRITTO DI ACCESSO E GARE PUBBLICHE:  
spunti di riflessione nella Sentenza n. 6121 del 2008 Sezione V del Consiglio  
di Stato**

A cura di Laura Lunghi

**Quale soggetto giuridico può accedere agli atti di gara d'appalto? Quali sono le ipotesi che ammettono l'accesso agli atti di gara ad aggiudicazione effettuata?**

- ✓ Può accedere soltanto il concorrente che ha partecipato alla selezione e può accedere soltanto:
  - se i documenti oggetto dell'accesso sono necessari alla sua difesa in giudizio (mai se è scaduto il termine di 60 giorni per ricorrere o se i documenti servono per preparare i motivi aggiunti);
  - solo quando il concorrente aggiudicatario non oppone "segreti tecnici o commerciali".
- ✓ L'accesso ai documenti facente parte di una delle offerte è sempre precluso al soggetto terzo alla procedura di selezione anche se dimostra di avere un interesse differenziato.

La risposta sul piano normativo è nel combinato disposto dei commi 5 e 6, dell'art. 13 del Codice dei contratti pubblici per cui " d.lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici), prevede che *"non è consentito esercitare l'accesso alla documentazione posta a corredo dell'offerta selezionata, ove l'impresa aggiudicataria abbia dichiarato che sussistano esigenze di tutela del segreto tecnico o commerciale, ed il richiedente non abbia dimostrato la concreta necessità di utilizzare tale documentazione in uno specifico giudizio"*.

La conferma sul piano giurisprudenziale, è data dalla sentenza n. 6121/2008 della V Sezione del Consiglio di Stato, che si allega.

La V Sezione conferma l'ordinanza impugnata del T.A.R. Sardegna n. 16 del 13 marzo 2008 e respinge il ricorso proposto dal Consorzio di tutela del Cannonau di Sardegna, *contro* Regione Autonoma della Sardegna, e *nei confronti di* Consorzio Vino e Sardegna CON.VI.SAR. S.C.A.R.L.

In particolare, il Consorzio di tutela del Cannonau di Sardegna essendo stato escluso dalla gara bandita dalla Regione Sardegna, avente ad oggetto il finanziamento delle proposte progettuali di ricerca e sviluppo dell'innovazione tecnica e tecnologica finalizzate alla valorizzazione dei vitigni autoctoni della Sardegna - gara aggiudicata al Consorzio Vino e Sardegna CON.VI.SAR. S.C.A.R.L - ha impugnato il bando ed il provvedimento di esclusione ed ha proposto (ai sensi dell'art. 25, comma 5 l. n. 241 del 1990) istanza di accesso ai documenti afferenti la proposta progettuale della vincitrice Convisar. L'istanza di accesso viene respinta dal Centro regionale di programmazione in forza dell'espressa opposizione della vincitrice Convisar motivata "per tutelare le informazioni riservate di natura tecnica e commerciale".

Il T.A.R. Sardegna nell'ordinanza n. 16 del 13 marzo 2008 respinge il ricorso proposto dal Consorzio di tutela del Cannonau di Sardegna ed in relazione all'istanza di accesso precisa che l'art. 13, oltre a individuare specifiche ipotesi di differimento dell'accesso prevede esclusioni oggettive del diritto (ferme restando le regole sugli appalti segreti) quando le informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte formulate in sede di gara, siano segreti tecnici commerciali, dunque, non divulgabili.

In sostanza, in relazione all'esercizio del diritto di accesso, il Codice dei contratti pubblici contiene una deroga vera e propria alla disciplina generale sulla trasparenza amministrativa.

L'art. 13 del Codice dei contratti pubblici amplia di fatto i limiti oggettivi al diritto di accesso stabiliti dagli artt. 24 e 25 della legge 241 del 1990: il limite soggettivo riguarda l'ammissibilità del solo concorrente che abbia partecipato alla selezione (con preclusione per soggetti terzi, seppure titolari di un interesse); il limite oggettivo è dato dalla "necessità di difendersi in giudizio" (dunque nella sola dimensione processuale).

**REPUBBLICA ITALIANA**

N. 6121/08 REG.DEC.

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

N.5005 REG. RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale Quinta Sezione ANNO 2008  
ha pronunciato la seguente

**DECISIONE**

sul ricorso iscritto al NRG 5005\2008, proposto dal Consorzio di tutela del Cannonau di Sardegna, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonello Podda ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avvocato G. Di Gioia in Roma, piazza Mazzini, n. 27;

***contro***

Regione Autonoma della Sardegna, in persona del presidente *pro tempore*, non costituito;

***e nei confronti di***

Consorzio Vino e Sardegna CON.VI.SAR. S.C.A.R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito.

***per l'annullamento***

dell'ordinanza del Tribunale Amministrativo Regionale della Sardegna, n. 16 del 13 marzo 2008.

Visto il ricorso in appello;

visti gli atti tutti della causa;

data per letta alla camera di consiglio del 7 ottobre 2008 la relazione del consigliere Vito Poli, udito l'avvocato Di Gioia su delega dell'avvocato Podda;

ritenuto e considerato quanto segue:

### **FATTO e DIRITTO**

**1.** Il Consorzio di tutela del Cannonau di Sardegna (in prosieguo Consorzio) è stato escluso dalla gara, bandita dalla Regione Sardegna, avente ad oggetto il finanziamento delle proposte progettuali di ricerca e sviluppo dell'innovazione tecnica e tecnologica finalizzate alla valorizzazione dei vitigni autoctoni della Sardegna.

**1.1.** Con determinazione prot. n. 5651/354 del 1° ottobre 2007 la gara è stata aggiudicata al Consorzio Vino e Sardegna CON.VI.SAR. S.C.A.R.L (in prosieguo Convisar).

Il Consorzio ha impugnato il bando ed il provvedimento di esclusione con ricorso notificato il 14 novembre 2007 e depositato il successivo 30 novembre.

In data 27 novembre 2007, presso il Centro regionale di programmazione, un legale del Consorzio prendeva visione della documentazione afferente la procedura di gara; in quel contesto acquisiva conoscenza, fra l'altro, del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara ma, stante la mole della documentazione, si determinava nel senso di estrarne copia; il giorno seguente, pertanto, inoltrava specifica richiesta in tal senso (cfr. lettera del 28 novembre 2007).

Il Centro regionale di programmazione accoglieva solo parzialmente la domanda di accesso escludendo i documenti afferenti la proposta progettuale del Convisar che aveva

formulato espressa opposizione per tutelare le informazioni riservate di natura tecnica e commerciale (cfr. nota del Centro regionale di programmazione del 14 dicembre 2007).

**1.2.** Con ricorso notificato in data 21 dicembre 2007, il Consorzio ha proposto istanza a mente dell'art. 25, comma 5, secondo periodo, l. n. 241 del 1990, onde ottenere l'accesso ai documenti negati; nel corpo del ricorso si legge: *<<In data 27.11.2007, nel corso dell'accesso agli atti presso il Centro Regionale di Programmazione della Regione Autonoma Sardegna, la difesa del Consorzio ricorrente apprendeva che l'Amministrazione aveva aggiudicato – previa determina n. 5651/354, del 1 ottobre 2007, di approvazione della valutazione espressa dalla Commissione tecnico – scientifica – la gara pubblica al Consorzio CON.VI.SAR., unico concorrente rimasto in gara, e stipulato anche la convenzione, in data 12 ottobre 2007. In tale occasione la difesa del Consorzio ... scriveva di pugno e depositava una richiesta ... di copia di tutti gli atti e documenti relativi al bando pubblico in esame, compresa la proposta progettuale e gli allegati del Consorzio aggiudicatario .. Il giorno successivo la medesima richiesta, datata 28.11.2007, battuta al computer ... veniva trasmessa, a mezzo fax, al Centro Programmazione Regionale ...>>.*

**1.3.** In data 7 gennaio 2008 il Consorzio acquisiva la documentazione richiesta, ad eccezione di quella relativa all'offerta presentata dal Convisar; il 7 marzo 2008 notificava

atto di motivi aggiunti – depositato il successivo 11 marzo – sviluppando censure nei confronti del provvedimento di aggiudicazione.

**2.** Con ordinanza n. 16 del 13 marzo 2008 l'adito T.a.r. ha respinto la domanda di accesso:

a) facendo leva sulla norma speciale sancita dall'art. 13, co. 5, d.lgs. n. 163 del 2006 - codice dei contratti pubblici – interpretata nel senso che solo l'effettiva possibilità di ottenere tutela in sede giurisdizionale consentirebbe l'ostensione di documenti che incidono sui segreti tecnici e commerciali delle imprese;

b) rilevando, conseguentemente, l'inutilità della documentazione richiesta in relazione alla assenza di una tempestiva impugnazione del provvedimento di aggiudicazione.

**3.** Con ricorso notificato il 10 e 11 giugno 2008, e depositato il successivo 19 giugno, il Consorzio ha interposto appello avverso la su menzionata ordinanza del T.a.r. deducendo, in estrema sintesi:

a) che alla data del 27 novembre 2007 non aveva avuto conoscenza integrale della documentazione richiesta avvenuta solo in data 7 gennaio 2008;

b) che non aveva mai affermato di aver avuto conoscenza della documentazione in questione prima del 7 gennaio 2008;

c) che era stata violata la normativa sancita dalla l. n. 241 del 1990, specie dopo le modifiche apportate dalla l. n. 15 del 2005, nella parte in cui garantisce l'accesso a documenti la cui conoscenza sia necessaria per difendere propri interessi giuridici.

**4.** Non si costituivano le parti intimate.

**5.** La causa è passata in decisione alla camera di consiglio del 7 ottobre 2008.

**6.** L'appello è sia inammissibile che infondato e deve essere respinto nella sua globalità.

**6.1.** L'art. 25, co. 5, stabilisce che: *<<Contro le determinazioni amministrative concernenti il diritto di accesso e nei casi previsti dal comma 4 è dato ricorso, nel termine di trenta giorni, al tribunale amministrativo regionale, il quale decide in camera di consiglio entro trenta giorni dalla scadenza del termine per il deposito del ricorso, uditi i difensori delle parti che ne abbiano fatto richiesta. In pendenza di un ricorso presentato ai sensi della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, e successive modificazioni, il ricorso può essere proposto con istanza presentata al presidente e depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso, previa notifica all'amministrazione o ai controinteressati, e viene deciso con ordinanza istruttoria adottata in camera di consiglio. In pendenza di un ricorso presentato ai sensi della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, e successive modificazioni, il ricorso*



*può essere proposto con istanza presentata al presidente e depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso, previa notifica all'amministrazione o ai controinteressati, e viene deciso con ordinanza istruttoria adottata in camera di consiglio. l. n. 241 cit. La decisione del tribunale è appellabile, entro trenta giorni dalla notifica della stessa, al Consiglio di Stato, il quale decide con le medesime modalità e negli stessi termini. Le controversie relative all'accesso ai documenti amministrativi sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo>>.*

Per quanto rileva ai fini della presente controversia, dal tenore letterale della norma emerge che:

- a) il legislatore ha qualificato espressamente come istruttoria l'ordinanza che chiude, davanti al giudice di primo grado, "l'incidente di accesso";
- b) l'appello avverso le pronunce di primo grado è stato espressamente limitato alle decisioni rese dal T.a.r.

In linea generale nel processo amministrativo i mezzi di impugnazione devono essere previsti espressamente in forza del principio di tipicità ; sono pertanto oggetto di gravame solo i provvedimenti del giudice di primo grado che espressamente la legge qualifica come impugnabili (art. 28, l. T.a.r.); ne sono escluse le ordinanze istruttorie, anche perché pacificamente ritenute prive di contenuto decisorio.

Secondo una impostazione sostanzialistica si ritengono tuttavia impugnabili i provvedimenti del giudice amministrativo di primo grado che, pur non avendo la forma esteriore di sentenza, abbiano un reale contenuto decisorio della controversia, il ch  si verifica allorch  essi esplicitamente o implicitamente risolvano in tutto o in parte la questione che oppone le parti, ovvero un punto pregiudiziale di essa.

In tema di impugnazione dell'ordinanza che decide sul ricorso in materia di accesso in corso di causa, la giurisprudenza del Consiglio di Stato, da cui la sezione non intende discostarsi (cfr. Cons. St., sez. VI, 25 marzo 2004 n. 1629; sez. VI, 10 ottobre 2002 n. 5450; sez. VI, 22 gennaio 2002 n. 397, ord.), ha operato una distinzione tra ordinanze che si pronunciano sul ricorso accogliendolo o respingendolo in relazione ai presupposti inerenti all'accesso in quanto tale, e ordinanze che respingono il ricorso perch  ritengono i documenti richiesti non utili ai fini del giudizio in corso.

Nel primo caso l'ordinanza ha natura decisoria ed   appellabile: in particolare, l'ordinanza che decide sul ricorso in materia di accesso in corso di causa   appellabile sia nel caso in cui il giudice escluda l'accessibilit  sulla base della ritenuta carenza dei presupposti previsti dalla disciplina dell'accesso, sia nel caso in cui il giudice accolga la domanda di accesso ritenute sussistenti le condizioni legittimanti l'ostensione

senza passare al vaglio della pertinenza dei documenti in relazione al giudizio in corso.

Nel secondo caso l'ordinanza ha natura istruttoria e non è appellabile.

Nella specie deve ritenersi che il T.a.r. abbia rifiutato l'accesso perché, nella sostanza, ha giudicato la documentazione richiesta inutile ai fini della decisione della causa, essendo pertinente ad un provvedimento che non poteva più costituire oggetto di giudizio stante il decorso dei termini perentori per impugnarlo.

**6.2.** In ogni caso le argomentazioni sviluppate dal T.a.r. sono condivisibili anche nel merito, ove si dovesse ritenere la natura decisoria dell'ordinanza oggetto del presente appello.

Le prime due censure appaiono infondate sulla scorta della ricostruzione dei fatti salienti di causa operata al precedente punto 1: è assodato che la ricorrente ha avuto conoscenza piena degli elementi essenziali del provvedimento di aggiudicazione definitiva (numero di protocollo, data, organo che lo ha emanato, effetti lesivi prodotti) al momento dell'accesso presso gli uffici del Centro regionale di programmazione avvenuto il 27 novembre 2007.

Per quanto concerne l'applicabilità (al caso di specie) e la conseguente violazione della disciplina generale sull'accesso, la sezione osserva quanto segue.

**6.3.** L'accesso agli atti delle procedure di affidamento dei contratti pubblici è oggetto della disciplina dettata dall'art. 13 codice dei contratti pubblici.

La rubrica dell'art. 13 descrive il duplice oggetto della disciplina:

- a)** la previsione di particolari limiti oggettivi e soggettivi all'accessibilità degli atti concernenti le procedure di affidamento dei contratti pubblici;
- b)** l'introduzione di veri e propri doveri di non divulgare il contenuto di determinati atti, assistiti da apposite sanzioni di carattere penale.

Tale disciplina, essendo 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 all'idea della peculiarità del settore considerato, pur all'interno delle coordinate generali dell'accesso tracciate dalla l. n. 241 del 1990.

Dal punto di vista storico risulta evidente come la l. n. 15 del 2005, riformulando gli artt. 22 e ss. della l. n. 241 del 190, avesse dimenticato di considerare il mondo degli appalti, nel quale viceversa si riscontravano (e si riscontrano) serie esigenze di limitazione temporanea o oggettiva dell'accesso.

Da qui l'introduzione nel codice dei contratti di una specifica soluzione normativa equilibrata, basata sull'individuazione di

regole proprie (qualificabili come speciali, se non addirittura eccezionali, in raffronto con il principio di accessibilità, ora sancito dal nuovo testo dell'art. 22, l. n. 241 cit.), inserite nella cornice delle regole generali in materia di accesso ai documenti; in questa prospettiva si coglie il senso della previsione introduttiva del comma 1 dell'art. 13 cit., in forza della quale: *<<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>>*.

L'art. 13, oltre ad individuare fattispecie di differimento dell'accesso (comma 2), prevede in modo puntuale una serie di esclusioni oggettive al diritto di accesso, facendo salve le regole più restrittive previste per gli appalti interamente segreti (comma 5); fra queste rileva, ai fini della presente controversia, quella sancita dalla lett. a) del comma 5, concernente le *<<informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali>>*.

La norma in questione amplia i limiti oggettivi del segreto dettando delle regole speciali che devono considerarsi, per le ragioni esposte in precedenza, incondizionatamente prevalenti sulla disciplina generale sulla trasparenza amministrativa,

anche in mancanza di espressa previsione nell'ambito delle limitazioni oggettive di cui all'art. 24, l. n. 241 cit.

Secondo la disciplina dettata dall'art. 13 cit., tuttavia, l'esclusione dall'accesso non è sempre radicale ed assoluta. Infatti il comma 6 prevede che: *<<in relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a) e b), 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>>*.

La norma sembra ripetere, specificandoli, i principi dell'art. 24, l. n. 241 cit., che stabilisce una complessa operazione di bilanciamento tra gli interessi contrapposti alla trasparenza ed alla riservatezza. Il linguaggio utilizzato dal codice dei contratti è però diverso: più puntuale e restrittivo, definisce esattamente l'ambito di applicazione della esclusione dall'accesso.

In primo luogo, sul versante della legittimazione soggettiva attiva, la disposizione riguarda solo il concorrente che abbia partecipato alla selezione; la preclusione all'accesso è invece totale qualora la richiesta sia formulata da un soggetto terzo, che pure dimostri di avere un interesse differenziato, alla stregua della legge generale sul procedimento (circostanza questa che non ricorre nel caso di specie).

In secondo luogo, sul piano oggettivo, l'accesso eccezionalmente consentito è strettamente collegato alla sola esigenza di una difesa in giudizio; in questa prospettiva, quindi, la previsione è molto più restrittiva di quella contenuta nell'art. 24, l. n. 241 cit., la quale contempla un ventaglio più ampio di possibilità consentendo l'accesso ove necessario per la tutela della posizione giuridica del richiedente, senza alcuna restrizione alla sola dimensione processuale.

Per altro, nel contesto dell'art. 13 cit., poiché si utilizza la locuzione <<*in vista*>>, non è necessario che, al momento della richiesta di accesso, il giudizio sia già instaurato, ma è sufficiente che la lite sia anche solo potenziale.

Per non dilatare in modo irragionevole la portata della norma, si deve ritenere che essa imponga di effettuare un accurato controllo in ordine alla effettiva utilità della documentazione richiesta, alla stregua di una sorta di prova di resistenza; tale giudizio prognostico, anche quando è effettuato dal giudice secondo il rito speciale diviso dall'art. 25, l. n. 241 cit., non può prescindere dalle eventuali preclusioni processuali in cui sia incorso il richiedente: si pensi al concorrente che intenda accedere all'offerta dell'aggiudicatario dopo che siano scaduti i termini decadenziali per impugnare l'aggiudicazione definitiva; ovvero al caso del tutto assimilabile (verificatosi nel presente giudizio), in cui siano scaduti i termini per proporre i motivi aggiunti avverso l'aggiudicazione.

In definitiva, dal combinato disposto dei commi 5 e 6, dell'art. 13, d.lgs. n. 163 del 2006, discende che non è consentito esercitare l'accesso alla documentazione posta a corredo dell'offerta selezionata, ove l'impresa aggiudicataria abbia dichiarato che sussistano esigenze di tutela del segreto tecnico o commerciale, ed il richiedente non abbia dimostrato la concreta necessità di utilizzare tale documentazione in uno specifico giudizio.

Che è quanto verificatosi nella vicenda oggetto del presente gravame, come esattamente rilevato dal T.a.r. della Sardegna.

**7.** Sulla scorta delle rassegnate conclusioni l'appello deve essere respinto.

Nulla sulle spese del presente grado di giudizio non essendosi costituite le parti intime.

#### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso meglio specificato in epigrafe:

- respinge l'appello e per l'effetto conferma l'ordinanza impugnata;
- nulla sulle spese del presente grado di giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 7 ottobre 2008, con la partecipazione di:



Stefano Baccarini - Presidente  
Filoreto D'Agostino - Consigliere  
Claudio Marchitiello - Consigliere  
Marco Lipari - Consigliere  
Vito Poli Rel. Estensore - Consigliere

ESTENSORE

f.to Vito Poli

IL PRESIDENTE

f.to Stefano Baccarini

IL SEGRETARIO  
f.to Gaetano Navarra

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

**il 09.12.2008**

**(Art. 55 L. 27/4/1982, n. 186)**

**IL DIRIGENTE**

**f.to Antonio NATALE**