



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 861 del 2014, proposto da:
Ludus Cooperativa s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica,
rappresentata e difesa dagli avvocati Franco Dell'Erba e Carmela Costanzo, con
domicilio eletto presso lo Studio Legale Dell'Erba - Costanzo in Roma, via Maria
Giudice, 47;

contro

Comune di Torrile, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso
dall'avvocato Roberto Ollari, con domicilio eletto presso l'avvocato Alfredo Placidi
in Roma, via Cosseria, 2;

nei confronti di

Aurora Domus Cooperativa Sociale Onlus;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per l'Emilia Romagna - sede staccata di Parma - Sezione I,
n. 293 del 21 ottobre 2013, resa tra le parti, concernente diniego accesso agli atti

amministrativi relativi alla gara per l'affidamento del servizio di asilo nido comunale.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Torrile;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 15 maggio 2014 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti gli avvocati Dell'Erba e Ollari;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- La cooperativa Ludus s.r.l., con ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, sede staccata di Parma, impugnava il diniego di accesso agli atti della procedura di gara indetta dal Comune di Torrile per il conferimento dei servizi “nido d'infanzia e centro bambini genitori”, alla quale aveva partecipato, venendone esclusa per carenza dei requisiti economico – finanziari (risultavano non conformi alle modalità previste dal bando le referenze bancarie prodotte dalla Ludus a corredo dell'offerta).

2.- Il Comune di Torrile, riscontrando tempestivamente le reiterate istanze di accesso agli atti della Ludus, ne aveva rilevato sia la carenza di interesse per essere stata l'istante esclusa dalla gara, sia la intempestività dell'accesso, non essendo ancora conclusa la procedura di gara (cfr. le comunicazioni del Comune di Torrile dell'8 marzo 2013 e del 13 marzo 2013).

Da ultimo, il Comune, sollecitato dal difensore civico interessato dalla Ludus a riesaminare il diniego di accesso agli atti, con ampia e motivata relazione del 5

giugno 2013, aveva confermato il diniego di accesso per carenza di interesse della Ludus, la cui esclusione dalla gara la assimilava al *quisquis de populo*, precludendone l'accesso agli atti di gara.

3.- Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, sede staccata di Parma, con sentenza n. 293 del 21 ottobre 2013, dichiarava inammissibile il ricorso, rilevando che la cooperativa Ludus, non avendo impugnato la propria esclusione dalla gara, non rivestiva una posizione differenziata e non era di conseguenza titolare di un interesse qualificato all'accesso che, persa la finalità precipua di strumento per la tutela di interessi individuali, si atteggiava a controllo generalizzato sull'operato della stazione appaltante non consentito dall'art. 24, comma 7 della legge n. 241 del 1990.

Condannava la ricorrente al pagamento delle spese processuali, liquidate – giusta correzione di errore materiale - in euro 4.000,00 ed applicava la sanzione di cui all'art. 26, comma 2, c.p.a. al minimo, in considerazione della manifesta temerarietà dell'azione a fronte di dinieghi motivati dell'amministrazione.

4.- Con atto di appello notificato il 20 gennaio 2014, Ludus Cooperativa s.r.l. ha impugnato la suddetta sentenza, chiedendone la riforma perché errata ed ingiusta alla stregua dei seguenti motivi:

1) violazione delle disposizioni in materia di accesso agli atti di cui agli articoli 22, 23, 24 e 25 della legge n. 241 del 1990, dell'art. 13 del d. lgs. n. 163 del 2006 e del d. lgs. 14 marzo 2013, n. 33, in quanto:

a) l'interesse presupposto dall'art. 22 della l. n. 241 del 1990 sarebbe nozione diversa e più ampia dell'interesse all'impugnazione, per cui l'esercizio dell'accesso non sarebbe precluso dall'avvenuto decorso del termine di impugnazione dell'atto lesivo;

b) la normativa anche successiva alla l. n. 241 del 1990 sarebbe tesa ad estendere e non a limitare il diritto di accesso ai documenti amministrativi e non sarebbe

preclusivo nemmeno il carattere segreto delle informazioni tecniche e commerciali delle imprese partecipanti a procedure di evidenza pubblica;

c) il recente decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 avrebbe inteso la trasparenza come accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle finalità istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e con l'introduzione dell'istituto dell'accesso civico sarebbe stato sancito l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di rendere noti i documenti, le informazioni o i dati, attribuendo il diritto a chiunque di richiederli, nei casi in cui sia stata omessa la pubblicazione;

d) alla luce di tale impianto normativo, la richiesta di accesso non prevederebbe limiti e non dovrebbe nemmeno essere motivata;

e) la partecipazione ad una gara costituirebbe, comunque, elemento discriminante onde verificarne la correttezza anche ai fini di eventuali iniziative processuali;

f) l'interesse all'accesso nel caso specifico sarebbe quello di uniformare agli atti valutati regolari la propria offerta nelle successive procedure di gara;

2) illegittimità ed errata applicazione dell'art. 26, co. 2, c.p.a., non sussistendo il presupposto della lite temeraria, attesa l'ambiguità della corrispondenza intervenuta con il Comune di Torrile che dapprima avrebbe solo differito l'accesso alla definizione della procedura di gara e solo da ultimo l'avrebbe negata per carenza dell'interesse;

3) difetto ed illogicità della motivazione in merito all'ordinanza di correzione di errore materiale sulle spese liquidate in sentenza, in quanto non solo la liquidazione di euro 4.000,00 per spese di lite sarebbe eccessiva e sproporzionata alla natura e al valore della causa, ma sarebbe illegittima la correzione operata su istanza del Comune di Torrile con ordinanza *inaudita altera parte*, in presenza della divergenza

tra la somma indicata in cifre e lettere che, per principio generale, postula la prevalenza della somma indicata in lettere.

5.- Il Comune di Torrile, costituitosi in giudizio, ha chiesto il rigetto dell'appello, con conferma della sentenza impugnata in ogni sua parte, rappresentando, tra l'altro, che le referenze bancarie di Aurora Domus, oggetto dell'istanza di accesso, erano state depositate dalla diretta interessata nella parallela procedura presso l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici promossa dalla cooperativa Ludus per l'emanazione di parere sulla sua esclusione dalla gara.

6.- La cooperativa appellante ha presentato memoria difensiva depositata il 12 maggio 2014, con la quale ha replicato alle tesi difensive del Comune.

7.- Alla camera di consiglio del 15 maggio 2014, il ricorso è stato assunto in decisione.

8.- L'appello è infondato e va respinto.

9.- Va stralciata dagli atti di causa la memoria della cooperativa Ludus depositata il 12 maggio 2014, perché tardiva in relazione ai termini perentori stabiliti dall'art. 73, co. 1, c.p.a. dimidiati a mente dell'art. 87, co. 2, c.p.a.

10.- Il riferimento alle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 non è pertinente, trattandosi di normativa non applicabile *ratione temporis* alla controversia in esame, che ricade nella disciplina dettata dalla l. n. 241 del 1990 e dell'art. 13 del d. lgs. n. 163 del 2006 (codice dei contratti pubblici).

11.- In base al combinato disposto dell'art. 24 della l. n. 241 del 1990 e dell'art. 13 del d. lgs. n. 163 del 2006, nonché in base ai principi affermati dalle Adunanze Plenarie n. 4 del 2011 e n. 9 del 2014 in materia di legittimazione al ricorso del concorrente escluso dalla procedura di gara, deve ritenersi che la cooperativa Ludus s.r.l., esclusa dalla gara con provvedimento divenuto definitivo, sia carente della legittimazione e dell'interesse all'accesso agli atti di gara, consentito a mente

dell'art. 13 del d. lgs. cit., ove *“sia necessario per curare o per difendere i propri interessi giuridici”*.

11.2- Invero, la disciplina contenuta nell'art. 13 del codice dei contratti pubblici - con 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 (cfr. Cons. Stato, V, n. 1446 del 2014; 1927 del 2011).

11.3- La norma, che sembra ripetere, specificandoli, i principi dell'art. 24 della legge n. 241 del 1990 sul bilanciamento degli interessi contrapposti alla trasparenza ed alla riservatezza, è più puntuale e restrittiva, 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 (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) e sul piano oggettivo, 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).

11.4- Ne consegue la necessità di un accurato controllo in ordine alla effettiva utilità della documentazione richiesta.

Tale giudizio prognostico, anche quando è effettuato dal giudice secondo il rito speciale divisato dall'art. 25, l. n. 241 cit., non può prescindere dalle eventuali preclusioni processuali in cui sia incorso il richiedente, quale nel caso in esame, l'esclusione della istante dalla gara con provvedimento divenuto definitivo, essendo scaduti i termini per proporre ricorso.

11.5- Tale rigorosa interpretazione si impone alla luce dei principi affermati dalla Corte di giustizia delle comunità europee (sez. III, 14 febbraio 2008, C-450/06, Varec), in tema di bilanciamento, nelle controversie in materia di appalti, fra esigenze di difesa delle parti e tutela della riservatezza delle imprese e dei loro segreti commerciali (quali espressione dei superiori valori della concorrenza e del mercato); la Corte ha infatti elaborato in maniera innovativa le disposizioni, *ratione temporis* applicabili, sancite dagli artt. 1, n. 1 direttiva 89/665/Cee, 15, n. 2, direttiva 93/36/Cee (ora art. 6 della direttiva 2004/18/Ce), che disciplinano la relazione fra tra diritto di accesso e diritto alla riservatezza delle imprese, affermando che non solo le stazioni appaltanti ma anche gli organi giurisdizionali nazionali investiti di un ricorso concernente le determinazioni inerenti l'aggiudicazione di un appalto pubblico, oltre a garantire la sicurezza delle informazioni acquisite giudizialmente, devono poter decidere di non trasmettere alle parti tali informazioni se ciò risulti necessario a garantire la tutela della leale concorrenza o degli interessi legittimi degli operatori economici.

11.6- Alla stregua delle suddette considerazioni non può che confermarsi quanto rilevato nella sentenza impugnata, circa la carenza di legittimazione e di interesse della cooperativa ricorrente all'accesso agli atti della gara dalla quale è stata esclusa.

12.- In ordine all'applicazione della sanzione per lite temeraria, non appare che la sentenza impugnata abbia fatto cattivo uso della disposizione di cui all'art. 26, co. 2, c.p.a. (come modificato dall'art. 1, co. 1, lett. f) del d. lgs. n. 195 del 2011), atteso che la scelta risulta essere stata ancorata al comportamento diligente del Comune

di Torrile che ha riscontrato tutte le istanze di accesso della ricorrente ed ha motivato il diniego con ampia e articolata motivazione (cfr. nota del 9 giugno 2013), in disparte la circostanza che i documenti oggetto di accesso erano stati depositati da Aurora Domus nel parallelo procedimento attivato dalla ricorrente davanti all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici ai sensi dell'art. 6, co. 7, lett. n., d. lgs. n. 163 del 2006).

13.- La correzione di errore materiale ai sensi dell'art. 86 c.p.a. appare ritualmente disposta.

La prevalenza della somma indicata in lettere, nel caso di discordanza tra questa e la somma indicata in cifre, è un criterio interpretativo che richiede l'attivazione della procedura di correzione di errore materiale, ove non corrisponda alla effettiva statuizione.

14.- Per tutte le ragioni esposte, l'appello deve essere respinto.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate nell'importo di euro 3.000,00 (somma che il Comune ha deliberato di pagare al difensore).

P.Q.M.

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

Condanna Ludus Cooperativa s.r.l. al pagamento in favore del Comune di Torrile di euro 3.000,00 oltre accessori di legge per spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 maggio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente FF

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/06/2014

IL SEGRETARIO

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