

Accesso in materia di offerte tecniche concorrenti.

di Claudia Buonsante

Data di pubblicazione: 19-4-2024

Non può opporsi a un'istanza di accesso finalizzata ad acquisire le offerte tecniche valutate in sede di gara, quale automatica causa ostativa al suo accoglimento, la mancata impugnazione nei termini di rito del provvedimento di esclusione della stessa richiedente.

Publicato il 21/03/2024

N. 02773/2024REG.PROV.COLL.

N. 09398/2023 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9398 del 2023, proposto da Società Gestione Mercato (S.G.M.) S.C.P.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Damonte, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Genova, via Corsica 10/4;

contro

Agenzia Nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.P.A, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabrizio

Carbonetti, Francesco Carbonetti e Loredana Giani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Ministero dell'Agricoltura della Sovranità Alimentare e delle Foreste, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Mercato Agro Alimentare di Padova Soc. Cons. A R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Nicola Creuso, Andrea Manzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Manzi in Roma, via Alberico II n.33;

Verona Mercato S.p.A., Centro Agroalimentare Bologna S.p.A., Centro Agro-Alimentare di Napoli S.C.P.A., Comune di Camaione, Filiera Ortofrutticola Romagnola S.p.A. Socio Unico, Ministero dell'Agricoltura, della Sovranità Alimentare e delle Foreste, Ministero degli Affari Europei, Politiche di Coesione e Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, non costituiti in giudizio;

Centro Agro-Alimentare Roma (C.A.R.) S.C.P.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Lepore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Ministero dell'Economia e delle Finanze, Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 16997/2023

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Agenzia Nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.P.A, del Mercato Agro Alimentare di Padova Soc. Cons. A R.L., del Centro Agro-Alimentare Roma (C.A.R.) S.C.P.A., del Ministero dell'Economia e delle Finanze, della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero dell'Agricoltura della Sovranità Alimentare e delle Foreste;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 febbraio 2024 il Cons. Rosaria Maria Castorina e uditi per le parti gli avvocati Roberto Damonte, Fiorella D'Arpino su delega dichiarata degli avvocati Fabrizio Carbonetti, Francesco Carbonetti e Loredana Giani, Maria Romana Ciliutti su delega dell'avvocato Nicola Creuso e Giuseppe Lepore per l'avvocatura dello Stato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con decreto del 5 agosto 2022, l'allora Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali dettava le *“Disposizioni necessarie all'attuazione della misura PNRR Sviluppo logistica per i settori agroalimentare, pesca e acquacoltura, silvicoltura, floricoltura e vivaismo, tramite miglioramento della capacità logistica dei mercati agroalimentari all'ingrosso”*, avvalendosi di Invitalia per lo svolgimento delle necessarie attività comparative.

Seguiva, in data 19 ottobre 2022, l'emissione di apposito avviso della competente struttura ministeriale, recante istruzioni operative per l'invio delle proposte di finanziamento e la loro selezione e valutazione da parte di Invitalia.

In esito alla valutazione delle domande pervenute è stato emesso il decreto del 22 dicembre 2022, con cui è stata approvata la graduatoria finale, nella quale la ricorrente è stata collocata al 15° posto, con 83 punti; a seguito di istanza di revisione presentata da uno dei partecipanti alla procedura, il Ministero dell'agricoltura e della sovranità alimentare e delle foreste, in data 27 febbraio 2023, ha proceduto alla pubblicazione di una versione *“consolidata”* della graduatoria finale, nella quale la valutazione della ricorrente non ha subito variazioni di punteggio, ma una peggiore collocazione in graduatoria (16° posto).

Con istanza del 27 giugno 2023 la ricorrente ha chiesto l'accesso agli atti della procedura controversa *“in vista dell'eventuale difesa in giudizio degli interessi della SGM, in relazione alla procedura di valutazione in oggetto”*, precisandosi che *“la conoscenza e l'acquisizione di copia dei documenti indicati è essenziale per verificare la legittimità dell'iter seguito dall'Agenzia e, più in generale, alle modalità di attribuzione dei punteggi tecnici e alla verifica della completezza della documentazione presentata dagli altri concorrenti e per l'eventuale tutela delle proprie posizioni giuridiche in sede giurisdizionale”*.

In data 17 luglio 2023 Invitalia comunicava, in relazione ai concorrenti collocatisi al 1°, 2°, 6° e 8° posto, che la domanda di accesso *“non può essere accolta, poiché la vostra società è posizionata al sedicesimo posto nella graduatoria finale approvata con decreto direttoriale prot. n. 657897 del 22 dicembre 2022, per l'accesso alle agevolazioni di cui alla predetta misura di finanziamento e, pertanto, non si ritiene che sussista in capo alla medesima un interesse diretto, concreto ed attuale, collegato alle ragioni esposte a sostegno dell'istanza, che consenta di ritenere che l'ostensione dei documenti afferenti a soggetti proponenti posizionatisi al primo, secondo, sesto e ottavo posto nella medesima graduatoria sia idonea a spiegare effetti diretti nei confronti della Vostra società”*, prospettandosi che la ricorrente avrebbe inteso *“esercitare un mero controllo generalizzato sull'operato dell'Amministrazione”*.

Impugnato il diniego, Il Tar dichiarava inammissibile il ricorso sul rilievo che, essendo divenuta inoppugnabile la graduatoria, l'interesse della ricorrente non poteva più definirsi come concreto e diretto, risolvendosi, in una domanda di accesso generalizzato.

Appellata ritualmente la sentenza, resistono Agenzia Nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.P.A., del Mercato Agro Alimentare di Padova Soc. Cons. A R.L., del Centro Agro-Alimentare Roma (C.A.R.) S.C.P.A., del Ministero dell'Economia e delle Finanze, della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero dell'Agricoltura della Sovranità Alimentare e delle Foreste.

All'udienza del 13 febbraio 2024 la causa passava in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo, l'appellante deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 73, comma 1, cpa. Omessa pronuncia sull'eccezione d'inammissibilità della memoria di Invitalia del 23.10.2023 e delle memorie di replica di Invitalia e di CAR entrambe del 27.10.2023.

Evidenza che nella memoria di replica del 26 ottobre 2023 SGM aveva espressamente eccepito la *“inammissibilità della memoria di Invitalia per tardività (deposito ore 22:03:45 del 23.10.2023 a fronte del termine di scadenza delle ore 12.00)”* (pag. 16 e prima a pag. 3). Nella camera di consiglio dell'8 novembre 2023 aveva, altresì, eccepito a verbale l'inammissibilità delle memorie di replica di Invitalia e di CAR in quanto non avevano depositato alcuna memoria ai sensi dell'art. 73, comma 1, né nuovi documenti. Nulla veniva detto dalla sentenza gravata su queste eccezioni che erano state, pertanto, implicitamente ed immotivatamente rigettate violando le norme di rito.

Si ritiene in primo luogo di pronunciarsi in ordine al lamentato vizio ex art. 112 cpc, asseritamente attingente in via autonoma la impugnata decisione.

In proposito appare opportuno precisare che il Collegio condivide la tradizionale impostazione secondo cui *“l'omessa pronuncia, da parte del giudice di primo grado, su censure e motivi di impugnazione costituisce tipico errore di diritto per violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, deducibile in sede di appello sotto il profilo della violazione del disposto di cui all'art. 112, c.p.c., che è applicabile al processo amministrativo”* (Consiglio Stato, sez. IV, 16 gennaio 2006, n. 98).

“Il vizio di omessa pronuncia su un vizio del provvedimento impugnato deve essere accertato con riferimento alla motivazione della sentenza nel suo complesso, senza privilegiare gli aspetti formali, cosicché esso può ritenersi sussistente soltanto nell'ipotesi in cui risulti non essere stato esaminato il punto controverso e non quando, al contrario, la decisione sul motivo d'impugnazione risulti implicitamente da un'affermazione decisoria di segno contrario ed incompatibile.” (Consiglio Stato, sez. VI, 06 maggio 2008, n. 2009).

I primi giudici, pertanto, non hanno condiviso l'impianto sostanziale del ricorso di primo grado volto a censurare il diniego dell'accesso.

Appare evidente, pertanto, che essi hanno riscontrato la inammissibilità del ricorso sotto profili assorbenti rispetto alla portata delle censure prospettate nella odierna sede processuale da parte appellante.

Ritiene il Collegio di potere condividere in via di principio detto *modus procedendi*, e che nel caso di specie non sia ravvisabile alcuna lesione del principio di cui all'art. 112 cpc, potendosi sul punto richiamare l'orientamento del Consiglio di Stato al quale si è fatto sopra riferimento, In ogni caso, si deve rilevare che *“l'omessa pronuncia su una o più censure proposte col ricorso giurisdizionale non configura un error in procedendo tale da comportare l'annullamento della decisione, con contestuale rinvio della controversia al giudice di primo grado, ma solo un vizio dell'impugnata sentenza che il giudice di appello è legittimato ad eliminare integrando la motivazione carente o, comunque, decidendo del merito della causa”* (Consiglio Stato , sez. IV, 19 giugno 2007, n. 3289).

Tanto premesso, deve essere corretta la motivazione del primo giudice, dichiarando l'inammissibilità della memoria di Invitalia per tardività (deposito ore 22:03:45 del 23.10.2023 a fronte del termine di scadenza delle ore 12.00) e l'inammissibilità delle memorie di replica di Invitalia e di CAR in quanto non hanno depositato, tempestivamente, alcuna memoria ai sensi dell'art. 73, comma 1, né nuovi documenti.

2. Con il secondo complesso motivo di appello l'appellante deduce:

2.1. La violazione o falsa applicazione degli artt. 22 e 24 l. n. 241/90. Eccesso di potere per travisamento dei fatti. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3 l. n. 241/90 per difetto o comunque illogicità della motivazione. Omessa pronuncia sul vizio di eccesso di potere per contraddittorietà intrinseca. Omessa pronuncia e/o erronea pronuncia riguardo all'interesse alla conoscenza degli atti anche a prescindere dall'impugnazione avanti al Giudice amministrativo della graduatoria del 27 febbraio 2023;

2.2. La violazione o falsa applicazione degli artt. 22 e 24 l. n. 241/90 ed eccesso di potere per travisamento dei fatti per quanto riguarda la posizione di MAAP e CAR;

2.3. La violazione o falsa applicazione dell'art. 3 l. n. 241/90. Omessa pronuncia sul vizio di eccesso di potere per contraddittorietà intrinseca.

2.4. La violazione e/o falsa applicazione degli artt. 22 e 24 l. n. 241/90 per quanto riguarda la posizione di Verona Mercato, CAAB, CAAN e del Comune di Camaiore.

2.5. L'omessa pronuncia o erronea pronuncia riguardo all'interesse alla conoscenza degli atti anche a prescindere dall'impugnazione davanti al Giudice amministrativo della graduatoria del 27 febbraio 2023.

Lamenta che la decisione gravata era profondamente errata in quanto affermava che, per il solo fatto che un soggetto richieda l'accesso agli atti per agire in giudizio, allora la sua posizione risulterebbe peggiore rispetto a quella di qualsiasi altro soggetto che, invece, invocasse un interesse di altra natura.

Evidenzia che il nostro ordinamento pretende che gli atti amministrativi siano ostensibili in presenza di un interesse giuridicamente qualificato e se questo interesse è quello difensivo, non è per ciò solo necessario che lo stesso sia circostanziato e comprovato in modo rafforzato

rispetto a qualsiasi altro diverso interesse.

La censura è fondata.

3. La ricorrente ha chiesto l'accesso agli atti della procedura controversa, e ciò *“relativamente ad alcune delle domande presentate da altri operati economici che la precedono in graduatoria e più precisamente di: Verona Mercato s.p.a. (prima in graduatoria per 10 milioni di euro); CAAB s.c.p.a. (seconda in graduatoria per 10 milioni di euro); CAAN (sesta in graduatoria per 6.493.291,00 di euro); Comune di Camaiore (ottava in graduatoria per 6 milioni di euro); MAAP (tredicesima in graduatoria per 4.505.972,55 di euro); CAR s.c.p.a. (quattordicesima in graduatoria per 10 milioni di euro); CAAT (quindicesima in graduatoria per 10 milioni di euro)”*, mentre, con riferimento a FOR S.p.A. SGM ha domandato copia dello sconosciuto provvedimento n. 012259 dell'11 gennaio 2023 concernente all'ammissione della stessa a seguito della sua iniziale esclusione dalla graduatoria; tale istanza è stata presentata *“in vista dell'eventuale difesa in giudizio degli interessi della SGM, in relazione alla procedura di valutazione in oggetto”*, precisandosi che *“la conoscenza e l'acquisizione di copia dei documenti indicati è essenziale per verificare la legittimità dell'iter seguito dall'Agenzia e, più in generale, alle modalità di attribuzione dei punteggi tecnici e alla verifica della completezza della documentazione presentata dagli altri concorrenti e per l'eventuale tutela delle proprie posizioni giuridiche in sede giurisdizionale”*.

3.1. Alla luce dei principi stabili da Consiglio di Stato, Ad. Plen., 18 marzo 2021, n. 4 e ancora di recente sottolineati da Consiglio di Stato, IV, 22 novembre 2022, n. 10277, per accogliere le cd. istanze di accesso difensive (ovvero motivate dalla necessità dell'istante di articolare le proprie difese in un procedimento giurisdizionale) è necessario che:

- a) sussista un interesse ostensivo diretto, concreto ed attuale alla cura in giudizio di determinate fattispecie;
- b) sussista un certo "collegamento" tra atti richiesti e difese da apprestare;
- c) la richiesta ostensiva sia adeguatamente motivata dall'istante;

Ciò in quanto *“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”* (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 4/2021).

È noto poi che la giurisprudenza amministrativa ha anche espressamente delineato il rapporto tra "accesso difensivo" e tutela della "riservatezza", distinguendo tra dati e informazioni caratterizzati da una cd. riservatezza "semplice" (ad es. dati finanziari ed economici), in ordine ai quale l'interesse difensivo è ritenuto tendenzialmente prevalente, e dati e informazioni caratterizzati da una riservatezza "rafforzata" (dati "sensibili" e "supersensibili", come ad esempio i dati relativi a vicende giudiziarie, alla salute o all'orientamento sessuale), rispetto ai quali l'interesse difensivo deve di volta in volta essere bilanciato secondo criteri di necessari età, indispensabilità e parità di rango (cfr. ancora Consiglio di Stato, IV, n. 10277/2022).

In quest'ultima direzione *“è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti”* quanto, piuttosto, la *“stretta indispensabilità” della ridetta documentazione per apprestare determinate difese all'interno di in uno specifico giudizio”*.

La valutazione di *“stretta indispensabilità”*, in altre parole, costituisce il criterio che regola il rapporto tra accesso difensivo e tutela della segretezza industriale e commerciale.

Una simile valutazione va effettuata in concreto e verte, in particolare, *“sull'accertamento dell'eventuale nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate”*.

Come poi affermato da Cons Stato, Ad. plen. n. 4 del 18 marzo 2021, in materia di accesso difensivo ai sensi dell'art. 24, comma 7, della l. n. 241 del 1990, deve però escludersi che sia sufficiente fare generico riferimento, nell'istanza di accesso, a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando, laddove l'ostensione del documento richiesto dovrà comunque passare attraverso un rigoroso e motivato vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare.

Ai fini di consentire l'accesso ad un documento amministrativo, l'Amministrazione deve accertare se l'interesse sia diretto, concreto ed attuale: ciò significa che l'istante (o un suo rappresentante) dev'essere il portatore della posizione giuridica soggettiva tutelata, che l'esigenza di tutela non dev'essere astratta o meramente ipotetica, ed ancora, che vi siano riflessi attuali del documento sulla posizione giuridica tutelata (l'interesse non deve, cioè, essere meramente storico documentario).

Nella specie la ricorrente ha motivato la richiesta di accesso evidenziando che la *“conoscenza e l'acquisizione di copia dei documenti indicati è essenziale per verificare la legittimità dell'iter seguito dall'Agenzia e, più in generale, alle modalità di attribuzione dei punteggi tecnici e per l'eventuale tutela delle proprie posizioni giuridiche in sede giurisdizionale”*, delineando in modo puntuale e specifico la sussistenza del predetto nesso di strumentalità.

Il diritto di accesso riveste, difatti, valenza autonoma, non essendo stato configurato dall'ordinamento con carattere meramente strumentale rispetto alla difesa in giudizio della situazione sottostante, costituendo tale diritto un principio generale dell'ordinamento giuridico, ispirato al contemperamento delle esigenze di celerità ed efficienza dell'azione amministrativa con i principi di partecipazione e di concreta conoscibilità dell'esercizio della funzione pubblica da parte dell'interessato, e basato sul riconoscimento del principio di pubblicità dei documenti amministrativi, dovendo conseguentemente il collegamento tra l'interesse giuridicamente rilevante dell'istante e la documentazione oggetto di richiesta di accesso, di cui all'art. 22 comma 1, lett. b) della legge n. 241 del 1990, essere inteso in senso ampio, ed essere genericamente mezzo utile per la difesa dell'interesse giuridicamente rilevante dello stesso.

Erroneamente l'Amministrazione ha negato l'accesso affermando che la richiesta *“non può essere accolta, poiché la vostra società è posizionata al sedicesimo posto nella graduatoria*

finale approvata con decreto direttoriale prot. n. 657897 del 22 dicembre 2022, per l'accesso alle agevolazioni di cui alla predetta misura di finanziamento e, pertanto, non si ritiene che sussista in capo alla medesima un interesse diretto, concreto ed attuale, collegato alle ragioni esposte a sostegno dell'istanza, che consenta di ritenere che l'ostensione dei documenti afferenti a soggetti proponenti posizionatisi al primo, secondo, sesto e ottavo posto nella medesima graduatoria sia idonea a spiegare effetti diretti nei confronti della Vostra società", prospettandosi che la ricorrente avrebbe inteso "esercitare un mero controllo generalizzato sull'operato dell'Amministrazione" in quanto l'accesso era evidentemente diretto a conoscere la correttezza della graduatoria sulla base delle offerte tecniche e della documentazione offerta dagli altri concorrenti.

4. Ha errato il primo Giudice a dichiarare inammissibile il ricorso per l'avvenuto decorso del termine di impugnazione della graduatoria.

Il punto è stato di recente ripreso dal Consiglio di Stato, il quale ha ribadito che: "*l'avvenuto decorso del termine per impugnare gli atti della procedura non incide sull'attualità dell'interesse all'accesso; non spetta all'amministrazione che detiene il documento valutare le modalità di tutela dell'interesse del richiedente e negare l'accesso per il caso in cui ritenga talune di esse non più praticabili; è solo del privato richiedente, una volta ottenuto il documento, la decisione sui rimedi giurisdizionali da attivare ove ritenga lesa la sua situazione giuridica soggettiva e se per taluni di essi (o per quelli unicamente esperibili) siano già spirati i termini di decadenza (o, eventualmente, di prescrizione) l'eventuale pronuncia di inammissibilità non può, certo, essere anticipata dall'amministrazione destinataria della richiesta di accesso allo scopo di negare l'ostensione del documento" (Consiglio di Stato, Sez. V, 27 giugno 2018, n. 3953).*

Il Giudice amministrativo, adito nel giudizio di accesso, non deve svolgere alcuna ulteriore 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 (cfr. Cons).

Si osservi, inoltre che - sulla scorta dei principi affermati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato - "*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" (Cons. Stato, Ad. Plen., 2 luglio 2020, n. 12).*

In sintesi, la citata decisione chiarisce che qualora l'Amministrazione aggiudicatrice si avvalga del potere di differire l'accesso - il cui esercizio è imposto dall'art. 53, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 con riferimento a specifici atti al fine di evitare che l'ostensione in corso di gara alteri il fisiologico dispiegarsi della competizione - il termine per l'impugnazione degli atti stessi comincia a decorrere solo da quando l'interessato ne acquisti piena conoscenza. Ciò in quanto il predetto *dies a quo* - come ora si ricava dall'art. 120, comma 2, cod. proc. amm., nella versione introdotta dall'art. 209, comma 1, lettera a), del d.lgs. del 31 marzo 2023, n. 36 - dipende dall'accertamento di una data oggettivamente riscontrabile, la quale a sua volta è

riconducibile al rispetto delle disposizioni normative volte ad assicurare informazioni dettagliate ai partecipanti alla gara. Del resto, tale assunto è conforme all'interpretazione resa dalla Corte di Giustizia in sede di interpretazione della direttiva 89/665/CEE del 21 dicembre 1989, la quale ha evidenziato che i termini imposti per proporre i ricorsi avverso gli atti delle procedure di affidamento cominciano a decorrere solo quando *"il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione"* (Corte di Giustizia, Sez. IV, 14 febbraio 2019, in C-54/18).

Alla luce delle riportate coordinate interpretative, deve ritenersi che non possa opporsi a un'istanza di accesso finalizzata ad acquisire le offerte tecniche valutate in sede di gara, quale automatica causa ostativa al suo accoglimento, la mancata impugnazione nei termini di rito del provvedimento di esclusione della stessa richiedente.

Sul punto, è opportuno ribadire che la consumazione del termine decadenziale di impugnazione e il consolidamento degli atti di gestione della gara potrebbero non verificarsi laddove risulti pendente un'istanza di accesso tempestivamente presentata e concretamente idonea a determinare una dilazione temporale, la quale si verifica nel caso in cui i motivi di ricorso conseguano effettivamente alla conoscenza dei documenti richiesti (cfr., in questo senso, Cons. Stato, Sez. III, 1 agosto 2022, n. 6750).

In particolare, secondo la già citata Adunanza Plenaria n. 12 del 2020, deve ritenersi che *"il principio della piena conoscenza o conoscibilità"* (per il quale in materia il ricorso è proponibile da quando si sia avuta conoscenza del contenuto concreto degli atti lesivi o da quando questi siano stati pubblicati sul "profilo del committente") si applichi anche quando l'esigenza di proporre il ricorso emerga dopo aver conosciuto i contenuti dell'offerta dell'aggiudicatario o le sue giustificazioni rese in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta. [. . .] 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".

Sotto altro profilo, con riferimento alla situazione legittimante l'accesso, la giurisprudenza ha chiarito che *"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"* (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 25 settembre 2020, n. 19).

Non è dunque condivisibile il motivo ostativo all'accesso che assegna rilievo dirimente al

decorso del termine di impugnazione dell'esclusione, qualora dalla conoscenza delle offerte degli altri partecipanti alla gara la concorrente esclusa possa trarre elementi idonei a contestare - attraverso la proposizione di un ricorso principale - la valutazione della Commissione giudicatrice circa l'attribuzione dei punteggi tecnici e la verifica della completezza della documentazione presentata dagli altri concorrenti.

Il secondo motivo di appello deve essere, pertanto, accolto con assorbimento della trattazione del terzo motivo.

Pertanto, in accoglimento del ricorso di primo grado, deve essere ordinata, all'amministrazione appellata, l'esibizione dei documenti oggetto della richiesta formulata dalla società appellante.

In considerazione delle ragioni della decisione e della particolarità della questione trattata ritiene il Collegio sussistere i motivi per la compensazione delle spese processuali di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie il secondo motivo di appello, assorbita la trattazione del terzo e, per l'effetto, accoglie l'originario ricorso.

Per l'effetto, ordina all'amministrazione appellata l'esibizione dei documenti oggetto della richiesta formulata dalla parte ricorrente.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Daniela Di Carlo, Consigliere

Sergio Zeuli, Consigliere

Rosaria Maria Castorina, Consigliere, Estensore

Guida alla lettura

Prima ancora di analizzare la pronuncia in commento, è opportuno ricordare che, **in materia di accesso difensivo ai sensi dell'art. 24, comma 7, della l. n. 241 del 1990, deve escludersi come sufficiente il generico riferimento nell'istanza di accesso a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un progetto già pendente o ancora instaurato, laddove l'ostensione del documento richiesto dovrà comunque passare attraverso un rigoroso e motivato vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione che l'istante intende tutelare.**

L'amministrazione consentirà l'accesso a seguito di verifica della sussistenza di un interesse diretto, concreto ed attuale. Pertanto, l'istante dovrà essere portatore della posizione giuridica soggettiva tutelata, l'esigenza di tutela non dev'essere astratta o ipotetica, ed ancora, che vi siano riflessi attuali del documento sulla posizione giuridica tutelata.

La vicenda in esame vede la ricorrente motivare la richiesta di accesso evidenziando che la conoscenza dei documenti è essenziale per verificare la legittimità dell'iter seguito e, più in generale, alle modalità di attribuzione dei punteggi tecnici e per l'eventuale tutela delle proprie posizioni giuridiche in sede giurisdizionale.

Ad ogni modo il diritto di accesso riveste, valenza autonoma, non essendo stato configurato dall'ordinamento con carattere meramente strumentale rispetto alla difesa in giudizio, costituendo tale diritto un principio generale dell'ordinamento giuridico, ispirato al principio di partecipazione e di concreta conoscibilità dell'esercizio della funzione pubblica da parte dell'interessato.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 2773, ha, dunque, evidenziato come **non può opporsi a un'istanza di accesso finalizzata ad acquisire le offerte tecniche valutate in sede di gara, quale automatica causa ostativa al suo accoglimento, la mancata impugnazione nei termini di rito del provvedimento di esclusione della stessa richiedente.**

In conclusione, **l'avvenuto decorso del termine per impugnare gli atti della procedura non incide sull'attualità dell'interesse all'accesso.**