**N. 05791/2013REG.PROV.COLL.**

**N. 03399/2013 REG.RIC.**

****

**REPUBBLICA ITALIANA**

**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 3399 del 2013, proposto da:  Avvenire Srl, rappresentato e difeso dagli avv. A. G. O., Anna F. R., con domicilio eletto presso la Segreteria della sezione del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

*contro*

Comune di Cassano delle Murge, rappresentato e difeso dall'avv. Nicolo' De Marco, con domicilio eletto presso Sandro De Marco in Roma, via Cassiodoro n.1/A;

*nei confronti di*

Tradeco Srl;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. Puglia - Bari: Sezione II n. 00444/2013, resa tra le parti, concernente diniego accesso ai documenti di gara per affidamento servizi igiene urbana

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Cassano delle Murge;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2013 il Cons. Sabato Malinconico e uditi per le parti gli avvocati Bice Annalisa Pasqualone, per delega dell'Avvocato A. G. O., e Nicolò De Marco;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società appellante, quale partecipante alla gara bandita dal Comune di Cassano delle Murge per l’affidamento dell’appalto di igiene urbana e servizi complementari, essendo risultata esclusa da detta gara per aver acquisito un requisito di partecipazione mediante avvalimento non consentito dal bando, pur non avendo impugnato detta esclusione, presentava in data 5 settembre 2012 domanda di accesso agli atti della procedura concorsuale in questione.

A seguito di una prima comunicazione con la quale l’ente segnalava di aver inviato l’istanza al controinteressato in applicazione dell’art. 3 del d.P.R. n. 184/2006 per le eventuali opposizioni o deduzioni, e trascorso il termine di trenta giorni prescritto, il Comune di Cassano delle Murge, con nota del 25 ottobre 2012 prot. n. 15567, comunicava il proprio diniego all’accesso richiesto.

Avverso tale diniego si gravava la società Avvenire con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, datato 3 novembre 2012, ricorso che veniva dichiarato in parte improcedibile per difetto di interesse e in parte respinto con la menzionata sentenza n. 444/2013 in quanto la ricorrente - non avendo impugnato la propria esclusione dalla gara – “all’attualità, rispetto alla procedura selettiva, è un quisque de populo” cosicché “la sua pretesa appare oggi rivolta all’esercizio di un sindacato generico e generalizzato di legittimità sull’azione amministrativa del Comune”. Lo stesso giudice di prime cure, riferendosi all’istanza di accesso relativa ai verbali della procedura di gara nn. 4, 5, 6 e 7, soggiungeva che “anche a voler richiamare quanto affermato in ultimo dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 24 aprile 2012, n. 7 (e già dalla Sezione VI, 9 marzo 2011 n. 1492) in tema di legittimazione all’accesso (che “va riconosciuta a chiunque possa dimostrare che gli atti procedimentali oggetto dell’accesso abbiano spiegato o siano idonei a spiegare effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, indipendentemente dalla lesione di una posizione giuridica, stante l’autonomia del diritto di accesso, inteso come interesse ad un bene della vita distinto rispetto alla situazione legittimante all’impugnativa dell’atto”), rimane il fatto che “tali effetti diretti o indiretti nei confronti della società Avvenire non sono né dedotti dall’istante né autonomamente deducibili dal Collegio dal materiale istruttorio”. Il T.A.R. adito inoltre respingeva il ricorso con riguardo all’asserito diniego di accesso alla aggiudicazione definitiva, facendo proprie le argomentazioni del Comune secondo le quali quest’ultimo atto non era stato ancora adottato al momento dell’istanza prodotta in data 19 settembre 2012; tale aggiudicazione definitiva, adottata il 25 settembre 2012, veniva poi affissa all’Albo pretorio e pubblicata sul sito del comune attraverso il link corretto, cosicché risulta “oggi perfettamente conoscibile dalla società ricorrente”.

Con l’odierno appello la società Avvenire impugna la sentenza n. 444/2013 per: violazione e falsa applicazione dell’art. 97 Cost.; violazione e falsa applicazione degli artt. 22 e segg. della Legge n. 241/90; violazione e falsa applicazione del d.P.R. n. 184/2006 e violazione e falsa applicazione dell’art. 13 del d.l.gvo n. 163/2006.

In sostanza l’appellante, nel rilevare che il giudice di prime cure, nel pronunciare la sentenza impugnata, si sarebbe “appiattito” sulle affermazioni rese dalla controparte, peraltro per taluni aspetti non veritiere, sostiene che il T.A.R. per la Puglia avrebbe erroneamente ritenuto insussistente l’interesse a ricorrere della società Avvenire per il solo fatto che la stessa non aveva ritenuto di impugnare la propria esclusione dalla gara. Con riferimenti a numerose pronunce della giurisprudenza sul punto, ribadisce l’assoluta autonomia del diritto di accesso rispetto alla proposizione di una azione giudiziale, sottolineando come il Consiglio di Stato abbia più volte affermato che “il rimedio speciale previsto a tutela del diritto di accesso deve ritenersi consentito anche se l’interessato non può più agire o non possa ancora agire, in sede giurisdizionale, in quanto l’autonomia della domanda di accesso comporta che il giudice, chiamato a decidere su tale domanda, deve verificare solo i presupposti legittimanti la richiesta di accesso e non anche la possibilità di utilizzare gli atti richiesti in un giudizio”. A tal riguardo l’appellante rimarca la circostanza che gli atti oggetto della domanda di accesso avrebbero prodotto effetti diretti nei suoi confronti tanto più ove si consideri che, alla gara di appalto in questione, avevano partecipato esclusivamente la stessa appellante e la società aggiudicataria, “il che rende ancora più evidente l’interesse della Avvenire ad ottenere gli atti della procedura concorsuale, per scrutinarne la legittimità e, eventualmente, riottenere la riammissione in gara, o la riedizione dell’appalto”. Da ultimo ribadisce che, contrariamente a quanto asserito dal Comune di Cassano delle Murge e fatto proprio dal giudice di prime cure, taluni degli atti e documenti oggetto dell’istanza di accesso, ivi compreso l’atto di aggiudicazione definitiva, non risultano mai pubblicati nel sito web dell’ente locale. La società appellante contesta poi la legittimità della sua esclusione sia per irrilevanza del requisito prodotto mediante avvalimento sia per asserita violazione delle norme comunitarie che, a suo dire, garantiscono il più ampio ricorso allo strumento dell’avvalimento.

La società Avvenire, infine, con una memoria conclusionale dell’8 ottobre 2013 controbatte alle argomentazioni e deduzioni svolte dal Comune di Cassano delle Murge con una memoria del 24 settembre 2013, eccependo la violazione da parte dell’amministrazione delle disposizioni introdotte dalla legge n. 190/2012 (legge anticorruzione) e del decreto legislativo n. 33/2013 (cosiddetto decreto trasparenza) che, al fine di evitare fenomeni illeciti negli appalti pubblici, impongono la pubblicazione in Internet di molteplici atti attinenti alle procedure concorsuali, obbligo al quale il comune appellato non ha mai ottemperato. Nella citata memoria di replica ribadisce poi sostanzialmente le censure già dedotte nell’appello.

A sua volta il Comune di Cassano delle Murge, con una ulteriore memoria prodotta in data 11 ottobre 2013, confuta le nuove censure avanzate dall’appellante, sottolineandone l’inammissibilità e rilevando che la richiamata normativa “anticorruzione” e “trasparenza” risulta successiva agli atti impugnati.

La società Avvenire contesta la sentenza del giudice di primo grado sostanzialmente sulla base di due rilievi essenziali costituiti, da un lato, dall’affermazione della propria posizione qualificata, che giustificherebbe l’interesse all’accesso alla documentazione attinente alla procedura concorsuale stante l’ormai acclarata autonomia del procedimento di accesso rispetto all’attivazione di eventuali rimedi giurisdizionali avverso l’esclusione dalla gara, dall’altro dall’asserita omessa pubblicazione di taluni verbali di gara e, in particolare, dell’atto di aggiudicazione definitiva sul sito web del Comune di Cassano delle Murge.

Quanto al primo punto non si può ignorare che lo stesso giudice di prime cure, pur facendo espressamente richiamo al principio di autonomia affermato dall’appellante, ha osservato che – fermo tale criterio – va comunque provata, da parte dell’istante, la sussistenza di effetti diretti o indiretti derivanti dagli atti e documenti richiesti, rilevando tuttavia che tali effetti diretti o indiretti “nei confronti della società appellante” non sono né dedotti dall’istante né autonomamente deducibili dal Collegio dal materiale istruttorio.

In ordine al secondo punto, invece, il Comune resistente ha controdedotto, evidenziando la circostanza che gran parte della documentazione richiesta e, particolarmente, l’atto di aggiudicazione definitiva erano stati pubblicati per un tempo dato nel sito internet e che, comunque, la società interessata avrebbe potuto acquisirne copia nelle forme prescritte.

DIRITTO

Il Comune appellato eccepisce l’inammissibilità del gravame poiché i motivi contenuti nel ricorso in appello costituiscono una riproduzione sostanziale dei motivi di ricorso in primo grado.

L’eccezione è fondata.

Il Collegio rileva, infatti, che, con l’odierno appello, la società Avvenire ha riproposto i motivi di ricorso avanzati nel giudizio di primo grado senza dedurre puntuali motivi di impugnativa sulle motivazioni rese nella sentenza appellata in ordine ai due profili sopra illustrati; invero l’appellante si è limitata, per il primo punto, a riaffermare il proprio assunto riguardo all’autonomia del procedimento di accesso senza dare conto dell’omessa indicazione nella domanda degli effetti conseguenti all’acquisizione dei documenti richiesti e, con riferimento al secondo punto, ha ribadito la già contestata omissione di pubblicazione degli atti e il proprio diritto ad acquisire tutti i documenti della gara in qualità di partecipante alla stessa, omissione peraltro negata dalla controparte con puntuali riferimenti documentali.

Nel caso di specie, pertanto - in violazione dell’art. 101 del codice del processo amministrativo - non è dato individuare nel gravame motivazioni puntuali a sostegno dell’asserita illegittimità della sentenza appellata ma la sola, pedissequa riproposizione delle censure dedotte in primo grado, nonché la proposizione di censure attinenti al provvedimento di esclusione dalla procedura concorsuale, che non sono ammissibili in questa sede.

L’appello, pertanto, è inammissibile.

Le spese del presente giudizio seguono la soccombenza.

P.Q.M.

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

Condanna la società Avvenire al pagamento delle spese del presente giudizio in favore del Comune di Cassano delle Murge, che liquida in euro 1500,00 ed ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2013 con l’intervento dei magistrati.

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Sabato Malinconico, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|  |  |  |
| **L'ESTENSORE** |  | **IL PRESIDENTE** |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/12/2013

IL SEGRETARIO

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