



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 Sesta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 4325 del 2010, proposto da: Metallurgica Piemontese Srl, in persona del suo legale rappresentante pt, rappresentata e difesa dagli avv. Mario Sanino, Massimo Occhiena, con domicilio eletto presso Mario Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

contro

Societa' Interporto di Torino - Sito S.p.A., in persona del legale rappresentante pt, rappresentato e difeso dagli avv. Marco Pizzetti, Ludovico Villani, Matteo Guadagnini, con domicilio eletto presso Ludovico Villani in Roma, via Asiago, 8;

nei confronti di

Consorzio (Stabile) Edilmaco;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. PIEMONTE - TORINO: SEZIONE I n. 1600/2010, resa tra le parti, concernente DINIEGO DI ACCESSO AI DOCUMENTI RELATIVI AD AFFIDAMENTO REALIZZAZIONE NUOVO FABBRICATO INDUSTRIALE.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Società Interporto di Torino - Sito S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 giugno 2010 il consigliere di Stato

Giulio Castriota Scanderbeg e uditi per le parti gli avvocati Occhiena e Pizzetti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

È impugnata la sentenza del Tar per il Piemonte n. 1609 del 26 marzo 2010 che ha respinto il ricorso della società Metallurgica Piemontese srl avverso il diniego parziale di accesso agli atti della procedura ad evidenza pubblica indetta dalla Società Interporto di Torino spa per l'affidamento di lavori di costruzione di alcuni manufatti su un'area di sua proprietà già oggetto di preliminare di compravendita in favore della società Metallurgica Piemontese.

Si è costituita in giudizio la Società Interporto di Torino per resistere al ricorso e per chiederne la reiezione.

All'udienza del 25 giugno 2010 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

Va anzitutto sgombrato il campo dalla questione della ammissibilità del ricorso di primo grado per omessa notifica dello stesso al soggetto controinteressato (Consorzio Edilmaco, quale aggiudicatario dei lavori).

Va osservare, preliminarmente, che in una recente decisione di questo Consiglio di Stato (IV, dec. n. 2093 del 14 aprile 2010) è stato affermato che il ricorso in materia d'accesso non può essere dichiarato inammissibile, per assenza di notifica al controinteressato, quando la stessa Amministrazione non abbia ritenuto di dover consentire la partecipazione di altri soggetti in sede procedimentale. Si è affermato infatti che poichè l'articolo 3, primo comma, del d.P.R. 12 aprile 2006 n. 184,

dispone che "fermo quanto previsto dall'articolo 5, la pubblica amministrazione cui è indirizzata la richiesta di accesso, se individua soggetti controinteressati, di cui all'articolo 22, comma 1, lettera c), della legge, è tenuta a dare comunicazione agli stessi, mediante invio di copia con raccomandata con avviso di ricevimento, o per via telematica per coloro che abbiano consentito tale forma di comunicazione" si deve concludere che la disposizione (in coerenza con l'art. 15 della legge 11 febbraio 2005, n. 15) ha previsto che sia la stessa Amministrazione a dover consentire la partecipazione procedimentale del soggetto che a suo avviso potrebbe subire un pregiudizio dall'accoglimento della istanza di accesso (e che acquisterebbe la qualità di controinteressato, nel caso di impugnazione del conseguente diniego).

Nel caso di specie l'estensione del contraddittorio in confronto di soggetti controinteressati è mancata in sede procedimentale, sicchè già in base a detto orientamento, fondato sulla necessità di un parallelismo tra contraddittorio procedimentale e processuale, si dovrebbe dubitare della necessità di integrare il contraddittorio di lite in confronto del Consorzio Stabile Edilmaco, individuato come controinteressato rispetto alla richiesta di accesso ai documenti di gara relativi ai lavori affidati dalla Società interporto.

Inoltre, poiché - per le ragioni che più oltre si esporranno - l'istanza di accesso agli atti, nel caso all'esame, non riguarda informazioni riservate, né attiene a documenti contenenti segreti tecnici o commerciali inerenti la offerta presentata, non sussiste neppure l'indefettibile presupposto del pregiudizio nella ostensione necessario per poter qualificare l'aggiudicatario dei lavori alla stregua di un soggetto controinteressato (inteso come soggetto avente un interesse qualificato a che le notizie e le informazioni ritraibili dai documenti oggetto di ostensione restino riservate). Nessun effetto negativo infatti potrebbe riverberarsi nella sfera giuridica dell'aggiudicatario dei lavori dalla esibizione all'odierna società appellante, a gara

ultimata, dei documenti dalla stessa richiesti, che essenzialmente si comprendiano nelle offerte prodotte in sede di gara e nelle giustificazioni addotte dall'aggiudicatario a seguito della verifica di anomalia.

Nel merito il Collegio ritiene che l'appello è meritevole di accoglimento.

A base del diniego d'accesso agli atti di gara (rectius, ad una parte degli stessi, essendo stata assentita la esibizione del bando di gara), richiesti dalla odierna appellante con missiva del 12 novembre 2009, la Società Interporto di Torino, nella risposta del 10 dicembre 2009 recante il diniego parziale di accesso ha prospettato le seguenti ragioni ostative: a) l'estranéità della istante alle procedura di gara, riguardante soggetti terzi; b) l'inesistenza di collegamento tra la società istante ed i diritti coinvolti dagli atti riferiti alla richiesta; c) l'esistenza di diritti di terzi riguardanti i medesimi atti ed in particolare le informazioni di carattere tecnico e commerciale relative ai partecipanti alla gara; d) l'inesistenza di esigenze di tutela, con riferimento agli atti riferiti alla richiesta; e) l'inesistenza dei presupposti soggettivi per l'assoggettamento della società Interporto di Torino alla disciplina normativa sul diritto di accesso di cui all'art. 25 della l. 241/90.

Il Tal ha sostanzialmente validato l'approccio (parzialmente) reiettivo tenuto dalla società predetta sulla richiesta ostensiva, valorizzando in particolare in senso ostativo la speciale disciplina normativa prevista dal Codice dei contratti pubblici in tema di accesso ai documenti amministrativi e, sulla base di detta disciplina, evidenziando il difetto di legittimazione della società proponente l'istanza di accesso; secondo la parabola argomentativa dei primi giudici, la società istante, in quanto non partecipante alla procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento dei lavori, non potrebbe far valere la speciale legittimazione all'accesso (in deroga al divieto di cui al comma 5, lettere *a* e *b*) , prevista dal comma 6 dell'art. 13 del d.lgs. 163/06 soltanto in testa < al concorrente che lo chieda per la 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 società appellante ha censurato tale conclusione, deducendo la erroneità della premessa da cui la stessa muove, ovverosia che la disposizione normativa applicata integri una previsione derogatoria di carattere generale e non invece un'ipotesi di speciale deroga, da applicare esclusivamente -come espressamente previsto dalla legge- nei casi (qui non ricorrenti) in cui l'accesso sia inibito in ragione della tutela di segreti tecnici o commerciali motivatamente evidenziati dall'offerente in sede di presentazione della offerta.

La censura è fondata.

Contrariamente a quanto ritenuto dal Tar, il rapporto tra la normativa generale in tema di accesso e quella particolare dettata in materia di contratti pubblici non va posto in termini di accentuata differenziazione, ma piuttosto di complementarietà, nel senso che le disposizioni (di carattere generale e speciale) contenute nella disciplina della legge n. 241 del 1990 devono trovare applicazione tutte le volte in cui non si rinvengono disposizioni derogatorie (e quindi dotate di una specialità ancor più elevata in ragione della materia) nel Codice dei contratti, le quali trovano la propria ratio nel particolare regime giuridico di tale settore dell'ordinamento. A tale conclusione si perviene d'altronde da un'analisi testuale, prima che sistematica, delle disposizioni normative delle quali qui si discorre, atteso che il citato art. 13 d.lgs. 163/06 esordisce appunto specificando che < 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>.

Ora, in applicazione di tali coordinate normative, si deve ritenere che non a ragione i primi giudici hanno negato la stessa legittimazione all'accesso alla società appellante sul duplice rilievo che la stessa non aveva partecipato alla procedura

selettiva per l'individuazione del contraente e che, in ogni caso, erano scaduti i termini per impugnare l'atto di indizione della procedura ovvero l'aggiudicazione definitiva dei lavori.

I primi giudici infatti, così interpretando il testo dell'art. 13 del d.lgs. cit., hanno attribuito una portata espansiva ad esso in realtà estranea ed hanno disapplicato un principio generale in materia d'accesso (che non potrebbe trovare una disapplicazione così evidente nel settore degli appalti pubblici), quale quello rinvenibile all'art. 24 u.c. l.241/90, ove si dice che l'accesso ai documenti amministrativi deve comunque essere garantito ove la loro conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici; e ciò financo quando sono in gioco – sia pur in tal caso con particolari bilanciamenti – dati sensibili di soggetti terzi.

Sotto il primo aspetto, l'errore metodologico è stato quello di leggere il citato comma 6 del ridetto art. 13 come previsione avente portata precettiva autonoma, come tale capace di restringere i requisiti di legittimazione sul piano soggettivo (limitandola in capo ai soli soggetti partecipanti alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso) nonché anche sul piano oggettivo (estendendo il regime restrittivo a tutti i documenti di gara e non soltanto a quelli rivelatori di segreti tecnici o commerciali ovvero ulteriori aspetti riservati) e non invece come disposizione strettamente correlata alla esclusione dall'accesso dei soli documenti di cui alle lettere a) e b) del precedente comma 5, come pure suggerisce la lettera della legge.

Da quanto detto discende che: a) il carattere segreto delle informazioni tecniche e commerciali, che peraltro deve risultare da motivata dichiarazione dell'offerente prodotta in sede di presentazione della offerta, non può far velo alla esibizione della restante documentazione (cioè di quella non coinvolta da tali profili di meritevole segretazione) nei confronti dei terzi interessati; b) la speciale

legittimazione all'accesso alle (sole) informazioni segrete riguarda solo i partecipanti alla gara ed è funzionale alla tutela in giudizio degli interessi legittimi nascenti dalla procedura ad evidenza pubblica.

Ciò posto, nel caso in esame, relativo ad un soggetto terzo non partecipante alla procedura di gara per l'affidamento dei lavori, in senso ostaivo non può rilevare la questione inerente il preteso carattere segreto delle informazioni potenzialmente contenute in alcune dei documenti richiesti (in particolare in quelli che compendiano le offerte tecniche dei partecipanti), dato che dette informazioni – ove effettivamente sussistenti e risultanti da motivata dichiarazione prodotta in sede di presentazione della offerta – possono essere stralciate dalla documentazione da esibire con accorgimenti tecnici facili da osservare (come gli “omissis”).

Quanto alla questione della situazione legittimante in capo all'odierna società appellante a richiedere gli atti di gara, il Collegio ritiene che nessun dubbio potrebbe prospettarsi al riguardo della sua concreta sussistenza.

Non vi è dubbio infatti che, in forza del contratto preliminare di compravendita del 2 luglio 2008 intercorso tra la Società Interporto di Torino e la Società Metallurgica Piemontese srl, quest'ultima ha acquisito una posizione differenziata che ben radica la sua pretesa ad avere accesso agli atti della procedura selettiva per la realizzazione dei lavori sull'area compravenduta (atteso che è evidente il suo interesse a verificare le modalità attuative di detti lavori, contemplati nel negozio privato inter partes). Risulta dunque integrato il presupposto legittimante di legge (art. 22 L. 241/90) inerente l'interesse diretto, concreto ed attuale in capo alla odierna appellante ad accedere a tutte le informazioni desumibili dai documenti richiesti

Da ultimo va osservato che nel caso in esame non potrebbe farsi questione della stessa applicabilità della disciplina normativa in tema di accesso (come messo in

dubbio dalla difesa della società intimata), dato che la stessa indubbiamente coinvolge (art. 22 l. 241/90) anche i soggetti privati, sia pur limitatamente alla attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario (quale deve essere senz’altro ritenuta la procedura ad evidenza pubblica nell’ambito della quale è insorta la pretesa ostensiva).

In definitiva, l’appello va accolto e in riforma della impugnata sentenza, deve essere accolto il ricorso di primo grado. La società appellata provvederà ad esibire alla odierna appellante (onde consentire alla stessa la visione e l’estrazione di copia) la documentazione di gara dalla stessa richiesta, provvedendo ad oscurare eventuali elementi delle offerte che dovessero risultare meritevoli di segretezza alla luce dei rilievi che precedono.

Le spese di lite devono essere compensate, in considerazione della novità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione sesta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello di cui in epigrafe, lo accoglie e per l’effetto, in riforma della impugnata sentenza, ordina alla Società Interporto di Torino spa la esibizione all’odierna appellante dei documenti richiesti così come specificato in motivazione.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall’autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 giugno 2010 con l’intervento dei Signori:

Giuseppe Barbagallo, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/07/2010

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

Il Dirigente della Sezione