

---

Cons. Stato Sez. IV, Sent., 18-10-2010, n. 7538

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 3815 del 2010, proposto dalla Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel Bbt Se, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Stefano Vinti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Emilia n. 88;

contro

L.S. Scarl in proprio e quale capogruppo dell'Ati "Arge 2009 Sondaggi Corti It", Ati Rct Srl, Ati - V. Srl, M.M.;

nei confronti di

G. Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Demetrio Rivellino, con domicilio eletto presso la signora Maria Grazia Leuci in Roma, viale Oceano Atlantico, 25;

per la riforma

della sentenza del T.R.G.A. - SEZIONE AUTONOMA DELLA PROVINCIA DI BOLZANO n. 00058/2010, resa tra le parti, concernente l'accesso agli atti di una GARA D'APPALTO PER INDAGINI GEOGNOSTICHE E GEOTECNICHE.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di G. Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2010 il Cons. Anna Leoni e uditi per le parti gli avvocati Barbieri, su delega dell'avvocato Vinti, e Rivellino;

## Svolgimento del processo

1. La società per azioni europea Galleria di base del Brennero- Brenner Basistunnel BBT SE, costituita nel dicembre 2004 su iniziativa della Repubblica d'Austria, della Repubblica italiana e dell'Unione europea, ha per oggetto sociale la progettazione e la costruzione della galleria di base del Brennero, che costituisce la parte centrale del progetto incluso nell'elenco 1 dei progetti prioritari per la rete transeuropea di trasporto quale progetto n. 5 "linea ferroviaria mista Berlino- Verona- Napoli/MilanoBologna".

Le azioni sono detenute rispettivamente per la metà (50%) dall'Italia e dall'Austria. Il 50% delle azioni "italiane" sono detenute dalla holding Tunnel ferroviario del Brennero società di partecipazione, le cui aliquote sono a loro volta suddivise fra la Rete Ferroviaria italiana (RFI) con l'84,08%, le Province autonome di Bolzano e Trento, rispettivamente con il 6,15%, e la Provincia di Verona con il 3,62%.

La società è stata costituita in Austria e, nell'attuale fase di progettazione delle opere, ha la sede legale ed amministrativa a Innsbruck (Austria) e una sede secondaria a Bolzano.

Nel 2009, la BBT ha indetto una gara pubblica per l'aggiudicazione di un appalto avente ad oggetto l'affidamento dei servizi finalizzati alla modellazione idrogeologica in determinate aree interessate dai lavori di potenziamento dell'asse ferroviario MonacoVerona.

L'appalto era suddiviso in due lotti, il primo per l'esecuzione sul territorio austriaco di sondaggi di prospezione, il secondo per l'esecuzione sul territorio italiano di 22 sondaggi di prospezione delle condizioni idrogeologiche.

La gara si è svolta presso la sede della BBT ad Innsbruck secondo la legge federale austriaca sugli appalti pubblici.

All'esito della gara, il secondo lotto veniva aggiudicato alla impresa italiana G. s.p.a., che aveva presentato la migliore offerta.

Seconda classificata era l'ATI "Arge 2009 Sondaggi Corti IT" costituita fra L.S. Scrl/RCT s.r.l. /V. s.r.l.

Quest'ultima ha proposto ricorso innanzi al Bundesvergabebamt di Vienna, autorità competente per i ricorsi in materia di appalti pubblici, lamentando il difetto dei requisiti in capo alla società G..

In mancanza di appello, il ricorso è stato rigettato con la decisione del 15/9/2009.

Con istanza pervenuta alla BBT presso la sede secondaria di Bolzano, la ricorrente L.S. ha richiesto copia degli atti di affidamento della gara in questione, al fine di valutarne l'eventuale impugnazione, chiarendo, con successiva nota del 16 novembre 2009, che l'istanza di accesso aveva ad oggetto il rilascio della copia del contratto d'appalto firmato con la G. s.p.a. all'esito della gara d'appalto.

BBT ha riscontrato detta nota con la comunicazione del 23 novembre 2009, osservando come la disciplina in materia di accesso alla documentazione amministrativa escluda, *ex art. 24, comma 3, della L. n. 241 del 1990*, l'ammissibilità di istanze preordinate ad un controllo generalizzato delle pubbliche amministrazioni e come non sia ravvisabile in capo alla richiedente un interesse giuridicamente qualificato.

A fronte del rifiuto così opposto, la L.S. quale capogruppo dell'ATI e il sig. M.M. in proprio hanno richiesto al Tribunale di giustizia amministrativa di Bolzano, ai sensi dell'*art. 25 della L. n. 241 del 1990*, di ordinare a BBT l'esibizione mediante deposito in cancelleria dell'atto formale con il quale sono stati affidati i lavori appaltati all'assegnataria G. s.p.a.

2. Con la sentenza n. 58/2010, il TRGA (Sezione autonoma di Bolzano) ha accolto il ricorso, ritenendo che:

- l'atto richiesto sarebbe necessario alla parte per valutare la sua impugnabilità avanti l'autorità giurisdizionale italiana;
- non vi sarebbe difetto di giurisdizione, avendo la BBT anche una sede secondaria in Italia (Bolzano) ed essendo l'oggetto dell'appalto l'esecuzione di lavori sul territorio italiano;
- sarebbe sussistente un interesse giuridicamente rilevante in capo alla ricorrente;
- l'accesso al contratto di appalto consentirebbe alla parte di valutare l'eventuale sussistenza di motivi di nullità o annullabilità dello stesso il cui accertamento giudiziale potrebbe, in teoria, portare ad una rinnovazione della gara.

3. Appella la soc. Galleria di base del Brennero- Brenner Basistunnel BBT SE, deducendo, quale primo motivo di ricorso il difetto di giurisdizione del giudice italiano nel sindacato dell'esercizio di poteri pubblicistici da parte di autorità amministrative estere o di organi ad esse equiparati, in particolare a sindacare le modalità con cui viene concesso o negato l'accesso agli atti attinenti a procedimenti amministrativi secondo le norme di un ordinamento straniero.

3.1. In particolare, l'appellante ha dedotto che non sussisterebbe la giurisdizione del giudice amministrativo italiano nei confronti della BBT quale società avente la propria sede legale nel territorio di uno Stato estero. Invero, la norma di cui all'art.2 comma 1 del [DPR n. 184 del 2006](#), che stabilisce che l'accesso ai documenti amministrativi è esercitabile nei confronti di tutti i soggetti di diritto pubblico e privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario, non conferirebbe poteri di "accesso transfrontaliero" esercitabili nei confronti di organismi di diritto pubblico con sede all'estero e tanto meno prevederebbe l'actio ad exhibendum ex [art. 25 L. n. 241 del 1990](#).

Inoltre, la procedura ad evidenza pubblica comunitaria, ivi compreso l'atto conclusivo che, in alcuni ordinamenti può essere un contratto, non andrebbe confusa con le vicende inerenti l'esecuzione del contratto d'appalto nell'ambito del rapporto instauratosi tra amministrazione ed impresa aggiudicataria.

Quanto alla rilevanza della sede secondaria (richiamata dal Tribunale), ad avviso dell'appellante essa andrebbe esclusa in quanto nell'Ufficio di Bolzano non vi è un rappresentante autorizzato a stare in giudizio e, pertanto, non sussisterebbe la giurisdizione del TRGA di Bolzano nei confronti di BBT.

L'attore, infine, su cui incombe l'onere della prova, non avrebbe dimostrato l'esistenza delle condizioni per radicare la giurisdizione davanti al giudice italiano.

3.2. Col secondo motivo d'appello, è dedotta l'inapplicabilità della [L. n. 241 del 1990](#) e dell'[art. 13 D.Lgs. n. 163 del 2006](#) nel procedimento amministrativo di uno Stato estero.

La legge applicabile sarebbe desumibile dal bando di gara ed in particolare dalla parte del Capitolato d'appalto, denominata Condizioni generali- Sezione A1, che prevede che la procedura di aggiudicazione è soggetta al diritto austriaco, mentre l'esecuzione del contratto avviene secondo il diritto dello Stato nel cui territorio le prestazioni devono essere eseguite.

L'istanza di accesso, afferendo all'atto conclusivo della fase di gara, e non alla fase dell'esecuzione successiva alla consegna lavori, sarebbe regolata dal diritto austriaco.

3.3. Col terzo motivo, l'appellante ha chiesto che il ricorso di primo grado sia respinto, in relazione alla L. n.241 del 1990, con riferimento all'art. 22, comma 6, e per inesistenza dell'atto richiesto (contratto d'appalto stipulato dopo l'aggiudicazione definitiva), in quanto nel sistema austriaco il rapporto contrattuale si instaura con l'aggiudicazione, allorché avvenga sulla base dell'offerta e sia comunicata per iscritto all'affidatario senza modifiche, come è avvenuto nella fattispecie.

Ne consegue che l'impugnazione del contratto prospettata dalla originaria ricorrente si risolverebbe nella impugnazione del bando, inammissibile perché

preclusa dal giudicato formatosi con la sentenza del Bundesvergabeamt 15/9/2009.

Inoltre, la situazione giuridicamente rilevante di cui parla l'*art. 22 L. n. 241 del 1990* corrisponde ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è richiesto l'accesso.

Infine, è dedotto che il principio di concentrazione del processo e quello di effettività della tutela giurisdizionale dei beni della vita escluderebbero che vi siano altre sedi, oltre quella della giurisdizione amministrativa esclusiva, per eventuali indagini circa l'efficacia e la regolarità degli atti contrattuali stipulati dalle pubbliche amministrazioni.

3.4. Co, quarto motivo, l'appellante ha dedotto il difetto di legittimazione del sig. M.M., che non risulterebbe titolare di alcun interesse che possa legittimarlo al ricorso.

4. Si è costituita ad adiuvandum la soc. G., sostenendo la erroneità della sentenza nella parte in cui ha escluso la sussistenza del difetto di giurisdizione e nella parte in cui ha ritenuto sussistente un interesse giuridicamente rilevante.

5. Il ricorso è stato inserito nei ruoli di camera di consiglio del 6 luglio 2010 ed è stato trattenuto in decisione.

### Motivi della decisione

1. Oggetto centrale del presente giudizio è la questione se sussista la giurisdizione del giudice amministrativo italiano nelle controversie riguardanti la legittimità degli atti amministrativi di un organismo di diritto pubblico di un altro Stato membro UE, posti in essere nell'ambito di una gara per aggiudicazione di un appalto pubblico che si è svolta nel territorio di quello Stato membro secondo la propria legge attuativa della normativa comunitaria, qualora a quella gara abbia partecipato un'impresa italiana e, in particolare, se il giudice italiano abbia giurisdizione sulla pretesa della parte di ordinare a quell'organismo, per il fatto che abbia una sede secondaria in Italia e che una parte dei servizi verrà svolta nel territorio italiano, di consentire l'accesso agli atti della gara estera secondo le regole sulla trasparenza vigenti nell'ordinamento italiano (*l. n. 241 del 1990*).

Nella specie, la società ricorrente in primo grado è risultata non aggiudicataria della gara ed ha impugnato il bando con un ricorso al Bundesvergabeamt di Vienna, con il dichiarato fine di valutare la possibilità di agire in giudizio - innanzi al giudice italiano - per contestare il contratto d'appalto pubblico conseguente alla gara espletata.

2. Il Collegio ritiene, al riguardo, che vada dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano sulla pretesa azionata col ricorso di primo grado e volta ad ottenere l'accesso agli atti indicati con l'originaria istanza.

3. Va premesso che, poiché nell'ordinamento austriaco il Bundesvergabeamt - sia pure quale autorità amministrativa - emana decisioni "vincolanti" e insindacabili in ogni sede amministrativa e giurisdizionale (CGCE, Sez. V, 14 novembre 2002, in C411/00, Par.Par. 28 ss.; Sez. VI, 19 giugno 2003, in C41001 Par. 19 ss.), si deve intendere formato il giudicato di rigetto sul ricorso proposto in quella sede dalla società appellata.

4. Ciò posto, il Tribunale regionale di giustizia amministrativa ha ritenuto sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo italiano in ordine alla domanda di accesso, in considerazione della sussistenza nel territorio nazionale di una sede secondaria dell'ente (la società per azioni europea Galleria di base del Brennero- Brenner Basistunnel BBT SE, costituita nel dicembre 2004 su iniziativa della Repubblica d'Austria, della Repubblica italiana e dell'Unione europea) e della circostanza che una parte dei previsti lavori, oggetto dell'appalto, si svolgono in Italia.

Tali due parametri non sono, ad avviso del Collegio, sufficienti per consentire la individuazione del giudice avente giurisdizione nella fattispecie.

4.1. Sotto un primo profilo, ritiene il collegio che la peculiarità della fattispecie in esame (in cui è stato proposto il ricorso di primo grado nei confronti di una società avente una sede secondaria in Italia, per avere copia di atti posti in essere dalla società avente sede legale in Austria) può giustificare l'applicazione analogica delle disposizioni di carattere generale sulla sussistenza della giurisdizione del giudice italiano quando una domanda sia proposta nei confronti di un soggetto straniero.

Rileva pertanto il primo comma dell'*art. 3 della legge 31 maggio 1995 n. 218*, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, il quale - diversamente da quanto previsto dall'abrogato *art. 4 c.p.c.* - non attribuisce rilievo al criterio della nazionalità e dispone che la giurisdizione italiana sussiste quando il convenuto è domiciliato o residente in Italia o vi ha un rappresentante che sia autorizzato a stare in giudizio a norma *dell'art. 77 c.p.c.* e negli altri casi previsti dalla legge (cfr: Cass.civ. Sez. Un., n. 4807 del 2005).

Nel caso di specie, ha rilievo decisivo il fatto che l'Ufficio di Bolzano della BBT non risulta avere un rappresentante autorizzato a stare in giudizio e, pertanto, sotto tale profilo, si deve rilevare che la mera disponibilità di una sede secondaria non può radicare la giurisdizione del giudice italiano.

4.2. In ogni caso, sotto un secondo profilo non risulta decisivo il criterio, valorizzato dalla sentenza gravata, secondo cui rileverebbe l'oggetto dell'appalto, che ha riguardato anche un'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale, che sarebbe quindi riconducibile all'ambito di

applicazione dell'*art. 2, comma 1, del DPR 184 del 2006*, con la conseguente sussistenza del diritto di accesso agli atti amministrativi e della conseguente giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

In contrario, va osservato che tale disposizione non tutela chi intenda chiedere l'accesso nei confronti di organismi pubblici con sede all'estero.

4.3. La Sezione, sotto un terzo distinto profilo, ritiene comunque decisivo considerare che la legge applicabile alla procedura di aggiudicazione in questione è, per espressa previsione, quella austriaca (V. punto 8.6.2 della Sez. A1 del bando di gara, ribadito dall'*art. 2 delle Condizioni particolari, sez. A2*).

Sotto tale profilo, la previsione del bando è rimasta inoppugnata in ogni sede e non può essere incidentalmente e impropriamente sindacata in questa sede, tanto meno d'ufficio, sicché risultano disciplinate dal diritto dello Stato austriaco tutte le pretese comunque connesse o consequenziali alla indizione del bando, non solo quelle concernenti l'impugnazione degli atti di gara, poco importando sotto tale profilo la loro natura amministrativa, negoziale o mista (e dunque non rilevando per tale profilo la verifica se nel diritto austriaco il contratto di appalto di opere pubbliche abbia mera natura privatistica o abbia carattere amministrativo come in altri Paesi membri), ma anche quelle attinenti la loro conoscenza per la più effettiva tutela giurisdizionale (e dunque anche in tema di accesso).

Il richiamo alla disciplina italiana in tema di accesso alla documentazione amministrativa appare, quindi, non pertinente, né giova agganciare la richiesta di accesso alla valutazione di una eventuale contestazione del contratto stipulato con la ditta aggiudicataria, per contrasto del bando e del contratto con le norme tecniche italiane, posto che tale valutazione deve ritenersi ormai preclusa dal giudicato formatosi sul ricorso proposto dalla L.S. avverso il bando di gara avanti il Bundesvergabeamt, sulla cui decisione di rigetto - in quanto vincolante ed equated to a Court decision - si può intendere formato il giudicato in senso tecnico, in considerazione della sopra richiamata giurisprudenza della Corte di Giustizia.

5. Per le suesposte considerazioni l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, il ricorso proposto in primo grado va dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo italiano.

Considerata la novità della questione, le spese del doppio grado di giudizio possono essere compensate fra le parti.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sez. IV, pronunciando sull'appello n. 3815 del 2010 ed in riforma della sentenza impugnata, dichiara il difetto di giurisdizione del giudice italiano sul ricorso di primo grado, proposto al Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa, Sezione di Bolzano

Spese compensate dei due gradi del giudizio

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