

Accesso agli atti di gara anche per chi poteva ma non ha partecipato

Consiglio di Giustizia Amministrativa, sez. giurisdizionale, sentenza 05.12.2007 n° 1087

([Alessandro Del Dotto](#))

La giurisprudenza è unanime nel ritenere che la necessità del presupposto indicato con l'espressione "tutela degli interessi", nel caso, non debba essere inteso solo come finalizzazione dell'accesso ad un ricorso giurisdizionale o ad una citazione, ma secondo un nesso inscindibile tra i documenti richiesti e la verifica della eventuale lesione di un proprio interesse qualificato. Per tale motivo, mentre da un lato è escluso l'accesso a meri fini ispettivi, dall'altro esso è ammesso anche quando il richiedente non assume di volere verificare un preciso e determinato vizio degli atti al fine della impugnativa, ma solo prospetti il proprio interesse, purché concreto e qualificato, alla regolarità della procedura in questione.

L'interesse della richiedente deve essere giudicato tenendo conto che essa è una partecipante alla gara stessa, vale a dire è un operatore del settore con un interesse concreto e specifico a quella determinata gara, al quale la giurisprudenza, come è noto, ha riconosciuto ormai una molteplicità di interessi. Oltre a quello tradizionale alla legittimità e regolarità della gara cui partecipa, anche alla demolizione della gara stessa quando ciò conduca alla non aggiudicazione del contratto ed alla sua ripetizione. Si è osservato, infatti, che la ripetizione della gara da cui l'interessato sia stato legittimamente escluso o non abbia partecipato, gli attribuisce nuove opportunità di partecipazione, anche alla luce di eventuali modifiche del bando, e comunque è conforme anche all'interesse pubblico all'annullamento di una gara, nella ipotesi, illegittima.

L'esistenza di veri diritti alla riservatezza ed alla segretezza specifici, derivanti da brevetti, privative o altro, costituiscono delle evidenti eccezioni al principio, non tanto del diritto all'esercizio congiunto di visione ed estrazione, quanto al diritto di accesso in sé. In tali casi, ovviamente, rimane integro il potere, che è anche un dovere, della P.A. di rifiutare l'accesso a determinati documenti, opportunamente motivando sulla esistenza di un impedimento legale, ma non certo di una valutazione discrezionale circa l'opportunità della comunicazione ad altri di dati o situazioni sulla comparazione dell'interesse circa l'estrazione di copie. Null'altro vuole significare l'articolo 13, comma quinto del [decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163](#), il quale ... fa riferimento, appunto, a veri e propri segreti e non a generiche informazioni riservate proprie di ciascuna impresa, e per altro con la significativa eccezione di cui al comma sesto dello stesso articolo.

E' questo, in sintesi, l'obiter dictum della sentenza in esame, con la quale il Giudice amministrativo di appello per la Regione Sicilia ha confermato la decisione di prime cure che aveva riconosciuto il diritto ad accedere agli atti per l'istante che, pur non avendo partecipato – in una procedura, *latu sensu*, "bifasica" prequalificazione/offerta – alla fase dell'offerta (ma avendo partecipato solo alla fase della prequalificazione), aveva chiesto l'accesso alla fase di offerta e ai suoi documenti.

Si tratta, invero, di un nuovo, ulteriore caso di sentenza amministrativa che non pare tenere in debito conto quanto espresso dalla giurisprudenza comunitaria in punto di accesso agli atti della gara e dell'offerta *versus* riservatezza e diritti derivanti da segreti tecnici o commerciali (cfr. C.G.E., sez. III, sentenza in C-450/06).

(Altalex, 11 settembre 2008. Nota di [Alessandro Del Dotto](#))

Consiglio di Giustizia Amministrativa Regione Sicilia

Sezione Giurisdizionale

Sentenza 5 dicembre 2007, n. 1087

(Pres. Virgilio, Est. Zucchelli)

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 1087/07 Reg.Dec.

N. 1430 Reg. Ric.

ANNO 2006

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 1430/06 proposto da

AMAT PALERMO s.p.a. (società con socio unico), in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Gaetano Armao, presso cui è elettivamente domiciliata in Palermo, via Noto n. 12;

contro

il CONSORZIO COOPERATIVE COSTRUTTORI, in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di capogruppo mandatario della costituenda ATI con le imprese mandanti ANSALDOBREDA s.p.a., ANSALDO TRASPORTI – SISTEMI FERROVIARI s.p.a., COSTRUZIONI LINEE FERROVIARIE s.p.a. e CIET s.p.a., rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Mazzarella, presso cui è elettivamente domiciliato in Palermo, via Caltanissetta n. 1;

e nei confronti

della SIS S.C.P.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, in proprio e quale mandataria dell'ATI con le imprese BOMBARDIER TRANSPORTATION ITALY s.p.a. (mandante), EDIL SCAVI s.r.l. (mandante), MOSCO & ASSOCIATI s.r.l. (mandante), SEIB INGENIERUR CONSULT GMBH & CO.K.G. (mandante), AMEC SPIE RAIL (FR) S.A. (soggetto terzo), INGEMEURBURO WOSNITZA & KNAPPE (soggetto terzo), ETC TRANSPORT CONSULTANTS GMBH (soggetto terzo), non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Sicilia - sede di Palermo (sez. I) - n 1576 del 5 luglio 2006.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'avv. G. Mazzarella per il Consorzio Cooperative Costruzioni in proprio e n.q.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore il Consigliere Claudio Zucchelli;

Uditi alla camera di consiglio del 29 novembre 2006 l'avvocato G. Armao per l'AMAT Palermo s.p.a. e l'avvocato G. Mazzarella per il Consorzio Cooperative Costruzioni in proprio e n.q.;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Il Consorzio Cooperative Costruzioni (CCC), in proprio e quale capo gruppo della costituenda ATI, ha partecipato alle fasi di prequalificazione della gara indetta dall'AMAT spa di Palermo per la progettazione esecutiva e la successiva realizzazione di tre linee tranviarie, fornitura di materiale ed

addestramento del personale, global service di manutenzione e gestione degli impianti, indetta con bando pubblicato l'8 aprile 2005.

Ammessa alla fase finale, espone che, a seguito della complessità del progetto, formulava una serie di quesiti e, in data 28 settembre 2005, chiedeva una proroga al termine di consegna della offerta.

Alla scadenza del termine prorogato, presentava alla stazione appaltante una nota in ordine alla impossibilità, alla luce delle specifiche tecniche richieste, di prestare una qualsiasi offerta, impegnandosi, tuttavia, a formulare tale offerta in caso di gara deserta.

Presentava in data 18 gennaio 2006 istanza di accesso ai documenti, per verificare la regolarità della procedura successiva. Seguiva una seconda istanza in data 23 gennaio 2006.

Con nota del 20 febbraio 2006 di risposta alla prima istanza, e con il silenzio serbato sulla seconda, l'AMAT avrebbe negato l'accesso, in base alla mancanza di interesse essendosi l'ATI sottratta alla gara, non presentando l'offerta.

Avverso il diniego il Consorzio presentava ricorso al TAR di Palermo lamentando la violazione del suo diritto di accesso.

Si costituiva l'AMAT eccependo:

1. Di non avere mai ricevuto la seconda istanza.
2. L'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse poiché la ricorrente non ha partecipato alla gara non presentando l'offerta.
3. L'infondatezza nel merito.

Si costituiva altresì la SIS Scpa, controinteressata in quanto aggiudicataria, eccependo l'inammissibilità del ricorso perché presentato nei confronti di un'ATI il cui vincolo sarebbe venuto meno con la mancata presentazione della offerta oltre all'infondatezza nel merito.

Con la sentenza di cui in epigrafe il TAR accoglieva il ricorso osservando:

1. Il ricorso appare ammissibile, poiché sussiste una legittimazione attiva della mandataria di un'ATI anche in assenza di una formalizzazione del rapporto.
2. Nel caso di procedura ristretta sussiste una posizione qualificata e differenziata per le singole imprese che hanno presentato domanda anche qualora non fossero state ammesse alla fase finale. Ciò anche alla luce del ristretto merito di imprese ammesse alla fase finale a cagione della complessità dell'appalto.
3. Avendo l'impresa partecipato alla gara non è necessario indicare nella istanza le ragioni che motivano l'accesso, poiché questo si giustifica da sé con il diritto di chi ha partecipato di conoscere le modalità di svolgimento della procedura e le determinazioni adottate dalla Amministrazione.
4. Non sussistono ragioni di riservatezza di altre imprese stante la sua posizione qualificata.
5. Il diritto di accesso comprende anche il diritto di estrarre copia dei documenti.
6. Fondata appare invece l'eccezione circa la mancata ricezione della seconda istanza, sì che non risulta formato il silenzio sul punto.

Avverso la detta sentenza propone appello l'AMAT s.p.a. di Palermo lamentando:

1. Inammissibilità del ricorso principale per difetto di legittimazione sostanziale e processuale. Difetto dei requisiti previsti dall'articolo 25 comma 3 e 7 della legge n. 241 del 1990. Violazione del diritto alla riservatezza delle società concorrenti. La dichiarazione della ricorrente di non essere in grado di prestare un'offerta costituisce un'autoesclusione dalla gara, in mancanza di una qualsivoglia impugnazione del bando o del capitolato. Comunque esso non avrebbe potuto essere esercitato se non nel rispetto della riservatezza delle altre concorrenti.
2. L'infondatezza della pretesa circa l'estrazione delle copie.

3. Nullità della sentenza per contraddittorietà tra dispositivo e motivazione. Il TAR sarebbe incorso in una contraddizione affermando la distinzione tra le fasi di prequalificazione e di formazione della offerta, ma ne avrebbe dedotto comunque la legittimazione della ricorrente al ricorso. Inoltre nel dispositivo il TAR ordina l'accesso anche ai documenti della fase successiva che la ricorrente in primo grado non aveva richiesto.

DIRITTO

Come è emerso in narrativa, la ricorrente in primo grado, dopo la fase di prequalificazione e all'esito di vari quesiti tecnici proposti alla stazione appaltante e di una proroga nei termini di consegna della offerta, ha inviato una nota in data 4 novembre 2005 nella quale, premesso di avere profuso il massimo impegno nel formulare un'offerta tecnica ed economica conforme alle prescrizioni ed alle indicazioni dei documenti di gara, non era "in grado di presentare un'offerta compatibile con le condizioni indicate dal bando di gara." Proseguiva manifestando la disponibilità "qualora la gara andasse deserta, ad "illustrare ... il Progetto che abbiamo predisposto, che potrebbe dare luogo a soluzioni molto interessanti anche se, non completamente in linea con le specifiche e le condizioni economiche indicate per l'attuale gara".

Ritiene il Collegio che la detta dichiarazione non incida ostativamente sull'interesse della ricorrente in primo grado ad effettuare l'accesso ai documenti della fase finale della gara.

E' ben noto che il diritto di accesso previsto dall'articolo 22 della legge n. 241 del 1990, non ha introdotto nell'ordinamento una sorta di azione popolare ispettiva nei confronti della P.A., ma ha voluto porre a disposizione di ogni cittadino uno strumento per superare la naturale barriera della riservatezza degli atti di ufficio al fine di tutelare comunque i propri interessi. La giurisprudenza è unanime nel ritenere che la necessità del presupposto indicato con l'espressione "tutela degli interessi", nel caso, non debba essere inteso solo come finalizzazione dell'accesso ad un ricorso giurisdizionale o ad una citazione, ma secondo un nesso inscindibile tra i documenti richiesti e la verifica della eventuale lesione di un proprio interesse qualificato. Per tale motivo, mentre da un lato è escluso l'accesso a meri fini ispettivi, dall'altro esso è ammesso anche quando il richiedente non assume di volere verificare un preciso e determinato vizio degli atti al fine della impugnativa, ma solo prospetti il proprio interesse, purché concreto e qualificato, alla regolarità della procedura in questione.

Nel caso di specie un tale interesse sussiste ed è qualificato. Anche ove si volesse interpretare la comunicazione della impresa di non essere in grado di formulare un'offerta come rinuncia alla gara, non vi è da dubitare che l'interesse alla regolarità di questa permanesse e fosse qualificato e specifico.

Ciò si desume dalla esistenza di molteplici parametri.

In primo luogo, come correttamente ha osservato il TAR (che dunque non è incorso in alcuna contraddizione tra dispositivo e motivazione), la procedura concorsuale in questione è unica, anche se suddivisa in due fasi le quali, a determinati fini, possono anche rispondere a norme e principi diversi, senza che per ciò venga meno l'unicità della gara.

In secondo luogo, ed in conseguenza del primo punto, l'interesse della richiedente deve essere giudicato tenendo conto che essa è una partecipante alla gara stessa, vale a dire è un operatore del settore con un interesse concreto e specifico a quella determinata gara, al quale la giurisprudenza, come è noto, ha riconosciuto ormai una molteplicità di interessi. Oltre a quello tradizionale alla legittimità e regolarità della gara cui partecipa, anche alla demolizione della gara stessa quando ciò conduca alla non aggiudicazione del contratto ed alla sua ripetizione. Si è osservato, infatti, che la ripetizione della gara da cui l'interessato sia stato legittimamente escluso o non abbia partecipato, gli attribuisce nuove opportunità di partecipazione, anche alla luce di eventuali modifiche del bando, e comunque è conforme anche all'interesse pubblico all'annullamento di una gara, nella ipotesi, illegittima.

Lo status di partecipante alla gara sin dall'inizio, quindi, qualifica ancor più la posizione della richiedente corroborando ulteriormente il suo status di operatore del settore ed in uno con la circostanza di fatto per cui, avendo partecipato alla fase finale un solo altro concorrente, eventuali illegittimità riscontrate in detta fase condurrebbero alla mancata aggiudicazione e quindi alla ripetizione della gara che giova alla richiedente stessa come operatore del settore direttamente interessato all'appalto specifico posto a gara.

Il primo motivo di appello, quindi, è infondato e la sentenza del TAR merita di essere confermata.

Anche il secondo motivo è infondato.

L'articolo 22 della legge n. 241 del 1990, nel testo introdotto dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, con estrema chiarezza e senza alcun dubbio individua l'esame e l'estrazione di copie dei documenti quale esercizio congiunto del diritto di accesso. Ciò, per altro, prima ancora che dalla legge era voluto dal buon senso e dalla logica. Non avrebbe avuto significato alcuno impedire l'estrazione di copie di un documento visionato dalla parte (e dunque ormai oggetto di una conoscenza che avrebbe già potuto violare, in ipotesi, interessi alla riservatezza) ed impedirne solo il possesso materiale sotto forma di copia, se non artatamente rendere difficoltosa la conoscenza stessa fidando nelle capacità limitate della memoria umana. La limitazione alla estrazione di copie, dunque, ben può essere motivatamente indicata dalla amministrazione ex articolo 24, ma non è insista allo strumento stesso dell'accesso.

La divergente giurisprudenza di cui alla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 4 febbraio 1995, n. 5, si giustificava dalla incertezza determinata dal combinato disposto del comma 2, lettera d) e dell'articolo 25, primo comma, per cui si giustificava una comparazione tra gli interessi del richiedente e del terzo che, nei casi di tutela della riservatezza, ammetteva solo una delle modalità di accesso. Si derivava dalle potenziali limitazioni regolamentari al diritto di accesso l'esistenza di un parametro di comparazione tra interessi che giustificava la limitazione alla sola visione dei documenti.

Viceversa, le modifiche apportate dalla legge n. 15 del 2006 sono tali da avere fornito un quadro di riferimento del tutto diverso. La disposizione della citata lettera d) che indicava un criterio per l'emanazione di regolamenti restrittivi ("d) la riservatezza di terzi, persone, gruppi ed imprese, garantendo peraltro agli interessati la visione degli atti relativi ai procedimenti amministrativi, la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro interessi giuridici"), è mutata nella lettera d) del comma sesto dell'articolo 24, il quale si esprime in maniera diversa. "d) quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche ... etc."

Dalla diversa espressione ("vita privata e riservatezza" nella attuale disciplina, solo "riservatezza" nel testo precedente) si evince con sufficiente chiarezza che la limitazione prevedibile nel regolamento deriva dalla endiadi "vita privata e riservatezza" che ha, come ogni endiadi, un significato maggiore e diverso della somma delle due parole. Essa riguarda dati di carattere personale non riconducibili genericamente agli interessi di riservatezza propri di tutti i soggetti giuridici e delle imprese in particolare per quanto concerne le proprie peculiarità produttive.

Viene quindi meno quella interpretazione che, partendo dalla possibile limitazione nei regolamenti per le finalità suddette, desumeva un'esclusione della estrazione di copie nei casi similari non colpiti da divieto assoluto di accesso.

Allo stato attuale della norma, tuttavia, una tale equiparazione, se ancora ritenuta possibile, può esser esercitata nei confronti di documenti contenenti dati relativi alla "vita privata", ma non certo alle caratteristiche estrinseche del soggetto o, nella specie, della sua offerta.

Va da sé, ma sembra perfino banale accennarlo, che l'esistenza di veri diritti alla riservatezza ed alla segretezza specifici, derivanti da brevetti, privative o altro, costituiscono delle evidenti eccezioni al principio, non tanto del diritto all'esercizio congiunto di visione ed estrazione, quanto al diritto di accesso in sé. In tali casi, ovviamente, rimane integro il potere, che è anche un dovere, della P.A. di

rifiutare l'accesso a determinati documenti, opportunamente motivando sulla esistenza di un impedimento legale, ma non certo di una valutazione discrezionale circa l'opportunità della comunicazione ad altri di dati o situazioni sulla comparazione dell'interesse circa l'estrazione di copie. Null'altro vuole significare l'articolo 13, comma quinto del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, il quale nel prevedere che "sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione: a) alle informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali;" fa riferimento, appunto, a veri e propri segreti e non a generiche informazioni riservate proprie di ciascuna impresa, e per altro con la significativa eccezione di cui al comma sesto dello stesso articolo: "6. In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettere a) e b), è comunque consentito l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso".

L'appello, quindi, si appalesa infondato e deve essere respinto.

Sussistono giustificati motivi per la compensazione integrale delle spese, competenze ed onorari dei due gradi del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe lo respinge e per l'effetto accoglie il ricorso di primo grado.

Compensa integralmente tra le parti le spese, competenze ed onorari dei due gradi del giudizio.

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

Così deciso in Palermo, dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, nella camera di consiglio del 29 novembre 2006, con l'intervento dei signori: Riccardo Virgilio, Presidente, Claudio Zucchelli, estensore, Pietro Falcone, Antonino Corsaro, Filippo Salvia, Componenti.

Depositata in segreteria il 5 dicembre 2007.