

IL TAR DEL LAZIO CAMBIA ORIENTAMENTO E DIVENTA FAVOREVOLE ALL'ACCESSO AGLI ATTI IN UNA PROCEDURA DI PROJECT FINANCING

Realizzazione mediante la procedura di project financing di lavori: è lecito negare la legittimazione o l'interesse del proponente non prescelto a contestare l'esito del procedimento che lo ha visto pretermesso o invece al ricorrente contro l'atto di individuazione della proposta "di pubblico interesse" deve essere riconosciuta possibilità di piena tutela, anche previa ostensione dei documenti eventualmente richiesti in accesso, ai fini della formulazione dei motivi d'impugnativa correlati ai documenti stessi.?

Deve essere rivisto l'orientamento della giurisprudenza amministrativa, contrario al riconoscimento della possibilità, per il soggetto escluso nella fase di individuazione del soggetto "promotore", di ottenere accesso agli atti della procedura attraverso la quale è stata individuata la proposta di pubblico interesse, sulla base del fondamentale rilievo per cui il collegamento delle varie fasi dell'articolata serie procedimentale attraverso la quale si realizza il project financing, rileva ai limitati fini e nell'ottica del conseguimento del bene finale (poiché è evidente che anche nella fase dell'individuazione della proposta di pubblico interesse l'utilità finale e conclusiva cui il promotore aspira è pur sempre l'aggiudicazione della concessione), ma non impedisce che il subprocedimento di scelta del "promotore", ex art. 154 del D.Lgs. n. 163/06, conduca ad un esito provvedimento (individuazione del "promotore", appunto, e quindi concretizzazione di una posizione avente specifico ed autonomo rilievo, a maggior ragione nel caso di specie in cui tale posizione risulta assistita da diritto di prelazione ai fini dell'aggiudicazione per l'ipotesi in cui il promotore stesso intenda adeguare il proprio progetto alla migliore delle offerte presentate dai soggetti offerenti nella fase di cui all'art. 155 del D.Lgs. n. 163/06) immediatamente lesivo per il soggetto escluso o pretermesso e dunque da quest'ultimo subito ed autonomamente impugnabile_sostanzialmente, la posizione che si manifesta nel complesso meccanismo procedurale del project financing, è già qualificata, differenziata e suscettibile di lesione, sin dal momento di presentazione della proposta. Il proponente ha interesse alla scelta della propria proposta in luogo di quella di altri, e può quindi sicuramente censurare la determinazione in base alla quale una proposta diversa dalla sua sia stata dichiarata di pubblico interesse, poiché questo senza alcun dubbio rifluisce negativamente sulla sua posizione. Né si potrebbe pretendere che a tutela di tale posizione, ed ai fini del riconoscimento dell'interesse, il soggetto proponente pretermesso sia costretto a partecipare, ai sensi dell'art. 155 del D.Lgs. n. 163/06, alla fase successiva della gara vera e propria (che potrebbe a questo punto non più interessargli, una volta che gli sia stata negata la qualità, cui egli aspirava, di soggetto promotore) per poter censurare solo all'esito della gara stessa la lesione determinata con un atto provvedimento conclusivo di una fase precedente.

Merita di essere segnalata la sentenza numero 8186 del 9 settembre 2008 emessa dal Tar Lazio, Roma

<il rapporto, dunque, tra fase d'individuazione della proposta di pubblico interesse (art. 154 D.Lgs. 163/06) e fase di gara/procedura negoziata (art. 155 stesso D.Lgs.), identifica un collegamento sequenziale di procedimenti che non priva tuttavia la conclusione del primo di essi della sua autonoma valenza provvedimento. Al riguardo, può pensarsi, per analogia, al rapporto tra dichiarazione di pubblica utilità e provvedimento espropriativo. Entrambi sono certamente finalizzati all'ablazione del bene, ma questo non impedisce che la dichiarazione di p.i. sia pacificamente considerata determinazione provvedimento autonoma ed immediatamente impugnabile (vedi CdS, Ad. Pl. n. 14/1999).>

Ma non solo

<) d'altra parte, non risulta al Collegio che vi siano precedenti giurisprudenziali, riferibili alla procedura di project financing, nei quali siano stati negati la legittimazione o l'interesse del proponente non prescelto a contestare l'esito del procedimento che lo ha visto pretermesso; se così è, come pare indubbio, ne consegue che al ricorrente contro l'atto di individuazione della proposta "di pubblico interesse" deve essere riconosciuta possibilità di piena tutela, anche previa ostensione dei documenti eventualmente richiesti in accesso, ai fini della formulazione dei motivi d'impugnativa correlati ai documenti stessi. Si tratta, d'altro canto, della normale esplicazione di prerogative di azione e di esigenze difensive che non possono essere in alcun modo limitate, anche alla stregua di parametri costituzionali, con riferimento all'impugnativa di atti illegittimi adottati dalla pubblica amministrazione.

f) opinando diversamente si arriverebbe infatti all'inaccettabile conseguenza di una legittimazione al ricorso solo formalmente riconosciuta, ma in realtà fittizia o comunque limitata.

g) quanto alle addotte esigenze di tutela dell'integrità e del buon andamento dell'azione amministrativa, prospettate dall'amministrazione di cui si paventa irreparabile lesione in caso di accesso agli atti della procedura, e che osterebbero dunque all'accesso stesso, i relativi assunti si basano su esigenze di "copertura" e "riservatezza" (a tutela anche di par condicio e concorrenzialità) di dati rilevanti nella fase di individuazione della gara ex art. 155 del D.Lgs. n. 163/06. gli argomenti addotti sono inconferenti, posto che nella specie si è comunque concluso il procedimento ex art. 154 più volte citato ed in relazione alla domanda di accesso ai relativi atti non possono opporsi considerazioni riferite ad una procedura diversa (ancorché collegata). D'altra parte, se gli atti della procedura sono resi conoscibili al soggetto che li contesta, analogamente possibilità di conoscenza dovrà essere riconosciuta a chi possa dimostrare di avervi interesse. La gara, poi, ex art. 155 del ripetuto D.Lgs. in ogni caso deve assicurare a chiunque voglia parteciparvi tempi di per sé comunque congrui e sufficienti per la preparazione e presentazione delle offerte. A tal fine deve essere considerato inoltre, che la stessa normativa vigente in subiecta materia, non sembra poi autorizzare o avallare le prospettate esigenze di segretezza assoluta, sulle quali si fondano i rilievi delle controparti, in relazione agli atti e ai documenti venuti in rilievo nella fase d'individuazione della proposta di pubblico interesse. Infatti, una lettura sistematica e coordinata della normativa disciplinante la selezione del promotore e di quella riguardante i lavori relativi ad infrastrutture strategiche (vedi artt. 153 e segg. nonché artt. 161 e segg. del Codice Contratti 2006, con particolare riferimento al combinato disposto degli artt. 165, 175 e norme in quest'ultimo richiamate, del Codice stesso) rivela (cfr. in particolare artt. 165 e 175) che il progetto di pubblico interesse deve comunque essere divulgato pubblicamente prima della gara di cui all'art. 155, almeno quando si rende per esso necessaria la sottoposizione alla procedura di valutazione d'impatto ambientale, con le relative connaturate esigenze di pubblicizzazione.

h) per ciò che concerne poi le esigenze di tutela della riservatezza delle posizioni, anche industriali e finanziarie, del soggetto promotore, va rilevata nella specie, in accordo con principi generali stabiliti dalla normativa sulla trasparenza, la preminenza delle esigenze difensive della ricorrente, trattandosi di atti -nei limiti evidentemente in cui siano venuti in rilievo nella procedura ed in essa siano stati valutati dall'Amministrazione- da far valere per difesa processuale, ai sensi dell'art. 24 comma 7 della legge n. 241/90 (vedi CdS, VI, 7.6.2006, n. 1418), dovendosi per altro verso precisare che l'art. 13, comma 2, lettera c), del D.Lgs. n. 163/06 non si occupa della fattispecie all'esame, dal momento che tale disposizione regola il differimento dell'accesso, in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione, nell'ambito di una procedura in corso, mentre nel caso in esame la procedura d'individuazione del promotore si è conclusa, e non rileva quindi la norma suddetta.

Per questi motivi il ricorso è fondato e merita accoglimento. >

REPUBBLICA ITALIANA

N. RS

**IN NOME DEL POPOLO
ITALIANO**

Anno 2008

**IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO
REGIONALE DEL LAZIO**

N. 6153 RGR

-SEZIONE III -

Anno 2008

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n.6153 del 2008 proposto dalla **ALFA srl**, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Nanula ed elettivamente domiciliata in Roma, Via Cosseria n.2, c/o il dott. Alfredo Placidi;

CONTRO

l'ANAS spa, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato presso la cui sede di Roma, via dei portoghesi n.12, è domiciliataria;

e nei confronti:

dell' **A.T.I.** composta da **BETA Spa, BETA2 spa, BETA3 spa, Impresa BETA4 & C. spa**, in persona del legale rappresentante, non costituita in giudizio;

per ottenere:

A) l'annullamento della nota dell'Anas del 16/5/2008 con cui è stato differito l'accesso agli atti relativi alla procedura indetta dalla citata Anas per l'effettuazione di lavori di collegamento stradale tra il porto di Ancona e la grande viabilità;

B) la condanna della stazione appaltante all'esibizione degli atti de quibus.

Visto il ricorso con la relativa documentazione;

Visto l'atto di costituzione dell'Anas spa;

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi camera di consiglio del 24 luglio 2008 - relatore il dottor Giuseppe Sapone – gli avvocati delle parti come da verbale;

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

La società ricorrente ha partecipato alla selezione pubblica indetta dall'intimata Anas spa per la realizzazione mediante la procedura di project financing dei lavori aventi ad oggetto il collegamento stradale tra il porto di Ancona e la grande viabilità.

Essendo stata dichiarata di pubblico interesse la proposta presentata dall'ATI odierna controinteressata, con nota del 28.4.2008 l'odierna istante ha chiesto alla stazione appaltante di prendere visione di una serie di atti, ivi dettagliatamente indicati, afferenti la citata procedura concorsuale.

In relazione alla suddetta istanza è stata adottata la contestata determinazione con cui l'Anas ha differito l'accesso agli atti al momento della conclusione del procedimento concorsuale di aggiudicazione in base alla considerazione che l'accesso avrebbe determinato la conoscenza degli elementi progettuali tecnici ed economico finanziari della proposta dichiarata di pubblico interesse desumibili dagli atti richiesti ed avrebbe compromesso l'ulteriore prosieguo del procedimento, vanificando del tutto le fasi già svolte.

Con il proposto gravame l'odierna istante:

I) ha impugnato la predetta determinazione prospettando la violazione del combinato disposto di cui agli artt.13 e 153 del D.lgvo n.163/2006;

II) ha chiesto la condanna della stazione appaltante all'esibizione degli atti de quibus.

Si è costituita l'Anas spa contestando la fondatezza delle prospettazioni ricorsuali e concludendo per il rigetto delle stesse.

Alla camera di consiglio del 24 luglio 2008 il ricorso è stato assunto in decisione.

Oggetto della presente controversia è il differimento opposto dalla stazione appaltante all'accesso agli atti relativi alla procedura di selezione del soggetto promotore per la realizzazione del collegamento stradale tra il porto di Ancona e la grande viabilità richiesto da un'impresa partecipante alla menzionata procedura.

Il proposto gravame è fondato.

Al riguardo il Collegio, in linea con quanto recentemente affermato con ordinanza n. **3705 del 18/7/2008**, sottolinea che:

a) in tema di project financing, l'orientamento della giurisprudenza amministrativa, anche di questo Tribunale, è in atto contrario al riconoscimento della possibilità, per il soggetto escluso nella fase di individuazione del soggetto "promotore", di ottenere accesso agli atti della procedura attraverso la quale è stata individuata la proposta di pubblico interesse (cfr. TAR Lazio, RM, n. 6430/04; TAR Veneto, n. 2298/06; TAR Sardegna, n. 1944/07).

b) tuttavia tale orientamento non può essere condiviso e deve essere rimeditato, sulla base del fondamentale rilievo per cui il collegamento delle varie fasi dell'articolata serie procedimentale attraverso la quale si realizza il project financing, rileva ai limitati fini e nell'ottica del conseguimento del bene finale (poiché è evidente che anche nella fase dell'individuazione della proposta di pubblico interesse l'utilità finale e conclusiva cui il promotore aspira è pur sempre l'aggiudicazione della concessione), ma non impedisce che il subprocedimento di scelta del "promotore", ex art. 154 del D.Lgs. n. 163/06, conduca ad un esito provvedimentale (individuazione del "promotore", appunto, e quindi concretizzazione di una posizione avente specifico ed autonomo rilievo, a maggior ragione nel caso di specie in cui tale posizione risulta assistita da diritto di prelazione ai fini dell'aggiudicazione per l'ipotesi in cui il promotore stesso intenda adeguare il proprio progetto alla migliore delle offerte presentate dai soggetti offerenti nella fase di cui all'art. 155 del D.Lgs. n. 163/06) immediatamente lesivo per il soggetto escluso o pretermesso e dunque da quest'ultimo subito ed autonomamente impugnabile (cfr. CdS, V, n. 4811 dell'11.9.2007 e TAR Bologna, I, n. 1552 del 23.4.2008);

c) sostanzialmente, la posizione che si manifesta nel complesso meccanismo procedurale del project financing, è già qualificata, differenziata e suscettibile di lesione, sin dal momento di presentazione della proposta. Il proponente ha interesse alla scelta della propria proposta in luogo di quella di altri, e può quindi sicuramente censurare la determinazione in base alla quale una proposta diversa dalla sua sia stata dichiarata di pubblico interesse, poiché questo senza alcun dubbio rifluisce negativamente sulla sua posizione. Né si potrebbe pretendere che a tutela di tale posizione, ed ai fini del riconoscimento dell'interesse, il soggetto proponente pretermesso sia costretto a partecipare, ai sensi dell'art. 155 del D.Lgs. n. 163/06, alla fase successiva della **gara** vera e propria (che potrebbe a questo punto non più interessargli, una volta che gli sia stata negata la qualità, cui egli aspirava, di soggetto promotore) per poter censurare solo all'esito della **gara** stessa la lesione determinata con un atto provvedimentale conclusivo di una fase precedente.

d) il rapporto, dunque, tra fase d'individuazione della proposta di pubblico interesse (art. 154 D.Lgs. 163/06) e fase di **gara**/procedura negoziata (art. 155 stesso D.Lgs.), identifica un collegamento sequenziale di procedimenti che non priva tuttavia la conclusione del primo di essi della sua autonoma valenza provvedimentale. Al riguardo, può pensarsi, per analogia, al rapporto tra dichiarazione di pubblica utilità e provvedimento espropriativo. Entrambi sono certamente finalizzati all'ablazione del bene, ma questo non impedisce che la dichiarazione di p.i. sia pacificamente considerata determinazione provvedimentale autonoma ed immediatamente impugnabile (vedi CdS, Ad. Pl. n. 14/1999).

e) d'altra parte, non risulta al Collegio che vi siano precedenti giurisprudenziali, riferibili alla procedura di project financing, nei quali siano stati negati la legittimazione o l'interesse del proponente non prescelto a contestare l'esito del procedimento che lo ha visto pretermesso; se così è, come pare indubbio, ne consegue che al ricorrente contro l'atto di individuazione della proposta "di pubblico interesse" deve essere riconosciuta possibilità di piena tutela, anche previa ostensione dei documenti eventualmente richiesti in accesso, ai fini della formulazione dei motivi d'impugnativa correlati ai documenti stessi. Si tratta, d'altro canto, della normale esplicazione di prerogative di azione e di esigenze difensive che non possono essere in alcun modo limitate, anche alla stregua di parametri costituzionali, con riferimento all'impugnativa di atti illegittimi adottati dalla pubblica amministrazione.

f) opinando diversamente si arriverebbe infatti all'inaccettabile conseguenza di una legittimazione al ricorso solo formalmente riconosciuta, ma in realtà fittizia o comunque limitata.

g) quanto alle addotte esigenze di tutela dell'integrità e del buon andamento dell'azione amministrativa, prospettate dall'amministrazione di cui si paventa irreparabile lesione in caso di accesso agli atti della procedura, e che osterebbero dunque all'accesso stesso, i relativi assunti si basano su esigenze di "copertura" e "riservatezza" (a tutela anche di par condicio e concorrenzialità) di dati rilevanti nella fase di individuazione della **gara** ex art. 155 del D.Lgs. n. 163/06. gli argomenti addotti sono inconferenti, posto che nella specie si è comunque concluso il procedimento ex art. 154 più volte citato ed in relazione alla domanda di accesso ai relativi atti non possono opporsi considerazioni riferite ad una procedura diversa (ancorché collegata). D'altra parte, se gli atti della procedura sono resi conoscibili al soggetto che li contesta, analogamente possibilità di conoscenza dovrà essere riconosciuta a chi possa dimostrare di avervi interesse. La **gara**, poi, ex art. 155 del ripetuto D.Lgs. in ogni caso deve assicurare a chiunque voglia parteciparvi tempi di per sé comunque congrui e sufficienti per la preparazione e presentazione delle offerte. A tal fine deve essere considerato inoltre, che la stessa normativa vigente in subiecta materia, non sembra poi autorizzare o avallare le prospettate esigenze di segretezza assoluta, sulle quali si fondano i rilievi delle controparti, in relazione agli atti e ai documenti venuti in rilievo nella fase d'individuazione della proposta di pubblico interesse. Infatti, una lettura sistematica e coordinata della normativa disciplinante la selezione del promotore e di quella riguardante i lavori relativi ad infrastrutture strategiche (vedi artt. 153 e segg. nonché artt. 161 e segg. del Codice Contratti 2006, con particolare riferimento al combinato disposto degli artt. 165, 175 e norme in quest'ultimo richiamate, del Codice stesso) rivela (cfr. in particolare artt. 165 e 175) che il progetto di pubblico interesse deve comunque essere divulgato pubblicamente prima della **gara** di cui all'art. 155, almeno quando si rende per esso necessaria la sottoposizione alla procedura di valutazione d'impatto ambientale, con le relative connaturate esigenze di pubblicizzazione.

h) per ciò che concerne poi le esigenze di tutela della riservatezza delle posizioni, anche industriali e finanziarie, del soggetto promotore, va rilevata nella specie, in accordo con principi generali stabiliti dalla normativa sulla trasparenza, la preminenza delle esigenze difensive della ricorrente, trattandosi di atti -nei limiti evidentemente in cui siano venuti in rilievo nella procedura ed in essa siano stati valutati dall'Amministrazione- da far valere per difesa processuale, ai sensi dell'art. 24 comma 7 della legge n. 241/90 (vedi CdS, VI,

7.6.2006, n. 1418), dovendosi per altro verso precisare che l'art. 13, comma 2, lettera c), del D.Lgs. n. 163/06 non si occupa della fattispecie all'esame, dal momento che tale disposizione regola il differimento dell'accesso, in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione, nell'ambito di una procedura in corso, mentre nel caso in esame la procedura d'individuazione del promotore si è conclusa, e non rileva quindi la norma suddetta.

Per questi motivi il ricorso è fondato e merita accoglimento.
Deve essere, pertanto, ordinato all'intima Anas spa di esibire e consentire alla società ricorrente di estrarre copia degli atti richiesti con l'istanza di accesso sopra menzionata.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 6153 del 2008 del 2008, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per gli effetti, annulla la contestata determinazione ed ordina all'intimata Anas di esibire gli atti richiesti con l'istanza di accesso sopra menzionata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 24 luglio 2008 dal Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sezione terza, con l'intervento dei signori giudici:

Dr. Saverio CORASANITI - Presidente

Dr. Giuseppe SAPONE - Consigliere, estensore

Dr. Stefano FANTINI - Consigliere

IL PRESIDENTE

IL GIUDICE ESTENSORE

RIC. N.6153/2008