

N. 01446/2014REG.PROV.COLL.

N. 05113/2013 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 5113 del 2013, proposto Quadrifoglio Servizi Ambientali Area Fiorentina s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Grazzini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Gustavo Visentini in Roma, Piazza Barberini n. 12

contro

Società Longo Veicoli Industriali s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Giuseppe Orofino, dall'avv. Raffaello Giuseppe Orofino e dall'avv. Anna Floriana Resta, con domicilio eletto presso lo studio dott. Placidi in Roma, Via Cosseria n. 2

nei confronti di

- della Società U.C.M. Unico Costruzioni Meccaniche s.r.l.
- della società AEBI SCHMIDT ITALIA s.r.l.

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Toscana, Sezione I, n. 442/2013;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Longo Veicoli Industriali Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2013 il Cons. Sabato Malinconico e uditi per le parti gli avvocati avv. Andrea Grazzini e avv. Giuseppe Orofino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Società Longo Veicoli Industriali s.r.l., quale partecipante alla gara bandita da Quadrifoglio s.p.a. per la fornitura di due spazzatrici aspiranti idrostatiche e per la manutenzione per cinque anni o fino a 10.000 ore motore, essendo risultata esclusa da detta gara per mancanza dei requisiti di capacità tecnica, pur non avendo impugnato detta esclusione, presentava in data 24 maggio 2012 domanda di accesso agli atti della procedura concorsuale in questione con la quale chiedeva copia dei verbali di gara e la documentazione amministrativa delle ditte partecipanti alla procedura selettiva.

La stazione appaltante, con nota del 19 giugno 2012, accoglieva l'istanza limitatamente al verbale di gara del 21 maggio 2012 e rinviava l'accesso alla documentazione amministrativa dei concorrenti.

Nel frattempo, con atto del 17 settembre 2012, veniva disposta l'aggiudicazione.

La società Longo Veicoli Industriali, con lettera del 18 ottobre 2012, reiterava la richiesta di accesso alla documentazione amministrativa di cui alla precedente missa del 24 maggio 2012 e la stazione appaltante, con nota del 23 ottobre 2012, accoglieva l'istanza.

Poiché la richiedente, in data 5 novembre 2012, domandava di acquisire copia di tutta la documentazione tecnica presentata dalle ditte partecipanti alla selezione, la società Quadrifoglio s.p.a., con determinazione del 4 dicembre 2012, invitava la Longo Veicoli Industriali a proporre una domanda di accesso debitamente motivata. I legali della società esponente, con nota del 6 dicembre 2012, insistevano sull'accogliibilità dell'istanza di accesso, cosicché la stazione appaltante, con lettera del 21 dicembre 2012 ribadiva, tramite il proprio legale, che la suddetta istanza doveva essere motivata, in modo da dimostrare l'esistenza di un interesse concreto meritevole di tutela.

Avverso la menzionata determinazione della società Quadrifoglio data 4 dicembre 2012 la società Longo Veicoli Industriali proponeva ricorso al TAR della Toscana con il quale deduceva le seguenti censure: violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione, degli artt. 22 ss. della legge n. 241/1990, dell'art. 13 del d. lgs. n. 163/2006 e del regolamento sull'accesso.

Nell'anzidetto giudizio si costituiva la società Quadrifoglio s.p.a. contestando in toto la fondatezza dei rilievi avanzati dalla controparte e chiedendo il rigetto del gravame.

Con la sentenza n. 442/2013 richiamata in epigrafe il giudice adito accoglieva il ricorso e ordinava alla società Quadrifoglio di rilasciare alla società ricorrente copia della documentazione richiesta argomentando nel senso che l'accesso ai documenti amministrativi costituisce "un diritto soggettivo perfetto che può essere esercitato indipendentemente dal giudizio sull'ammissibilità o sulla fondatezza della domanda giudiziale eventualmente proponibile sulla base dei documenti acquisiti mediante l'accesso", cosicché la eventuale inoppugnabilità degli atti oggetto della domanda di accesso non preclude l'esercizio del diritto. Nel caso di specie il giudice di prime cure rilevava che, avendo la ricorrente chiesto il rilascio dei documenti nella dichiarata qualità di soggetto partecipante alla gara, non potesse disconoscersi alla medesima ricorrente il diritto di accesso, in quanto portatrice di un interesse differenziato dalla generalità e quindi legittimata a chiedere gli atti prodotti dagli altri partecipanti alla procedura selettiva.

Avverso tale pronuncia si è gravata la società Quadrifoglio con l'odierno appello con il quale deduce i seguenti vizi: a) violazione di legge e falsa applicazione degli artt. 10, 24 e 25 della legge n. 241/90 e dell'art. 13 del d. leg.vo n. 163/2006; b) violazione e falsa applicazione dell'art. 13 del d. leg.vo n. 163/2006 e degli artt. 98 e 99 del d. leg.vo 10 febbraio 2005, n. 30.

In sostanza con il primo motivo la società appellante contesta la motivazione della sentenza di primo grado fondata sull'argomentazione secondo la quale il soggetto partecipante, escluso da una procedura selettiva e che abbia avuto accesso agli atti relativi alla fase del procedimento cui ha partecipato, abbia diritto di accedere in maniera indiscriminata e senza onere di motivazione a tutti gli atti successivi alla sua esclusione non più impugnabile, ivi compresa la documentazione tecnica relativa agli altri partecipanti. Ad avviso dell'appellante tale argomentazione utilizzata dal TAR Toscana a giustificazione della pronuncia in questa sede impugnata contrasta con le disposizioni dettate dalla legge n. 241/90 in materia di accesso e con l'art. 13 del decreto legislativo n. 163/2006, che reca la disciplina di settore per l'accesso nelle procedure ad evidenza pubblica.

In particolare l'art. 13 del codice degli appalti pubblici si colloca, ad avviso della società appellante, rispetto alla disciplina generale dettata dalla legge n. 241/90 nella materia dell'accesso, in un rapporto di genere a specie come disciplina speciale e in quanto tale capace di derogare a quella generale. Conseguentemente dall'applicazione dell'art. 24 della legge n. 241/90 che qualifica come inammissibili le domande di accesso volte a realizzare un controllo generalizzato sull'operato dell'amministrazione e dell'art. 13 del decreto legislativo n. 163/2006, che non esclude che l'istanza di accesso debba essere motivata e ciò in particolare con riguardo a coloro che hanno perso lo status di concorrente e non abbiano più alcun interesse da far valere in giudizio, l'appellante fa discendere l'erroneità e l'illegittimità della pronuncia di primo grado.

A sostegno di tale assunto richiama anche talune pronunce giurisprudenziali secondo le quali: 1) l'istanza di accesso deve essere sorretta da una posizione meritevole di protezione da parte dell'ordinamento rispetto alla quale l'ostensione

della documentazione richiesta risulta utile a tale scopo e comunque necessaria alla difesa; 2) al concorrente escluso da una gara non può essere riconosciuto il diritto di accedere agli atti e documenti del procedimento successivi alla sua esclusione, a seguito della quale è venuta meno "quella posizione differenziata e qualifica che sola avrebbe potuto fondare il diritto di accesso ai documenti di gara".

Con il secondo motivo di impugnativa la società appellante ribadisce la necessità di motivare l'istanza di accesso da parte della società richiedente atteso che nel caso di specie la richiesta della società Longo riguardava le offerte tecniche di tutte le altre aziende partecipanti alla procedura selettiva e poneva quindi un problema di bilanciamento tra gli opposti interessi costituiti da un lato dal diritto di accesso e dall'altro dal principio di riservatezza. In particolare rileva come l'art. 13 del codice degli appalti pubblici (d. leg.vo n. 163/2006) dopo aver posto il principio dell'accessibilità agli atti prevede l'esclusione dal diritto di accesso per: "le 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". Il comma 6 stabilisce tuttavia che l'accesso non può essere negato "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'appellante sottolinea, quindi, come il legislatore abbia inteso escludere dall'ambito di azionabilità dell'accesso il diritto alla riservatezza relativo ai segreti commerciali delle imprese prevedendo che tale diritto è recessivo solo a fronte del cosiddetto accesso difensivo, nel senso che l'accesso alle offerte tecniche non può essere negato solo quando esso sia finalizzato alla difesa in giudizio degli interessi del richiedente. Da ciò la società appellante desume l'erroneità della sentenza n. 442/2913 del TAR Toscana in questa sede impugnata della quale chiede l'annullamento nella parte in cui dispone che il concorrente (nel caso di specie la società ricorrente in primo grado Longo Veicoli Industriali s.r.l.) escluso in via definitiva dalla procedura selettiva ad evidenza pubblica di che trattasi acceda alle offerte tecniche presentate dagli altri concorrenti senza alcuna motivazione intesa a dimostrare l'obiettivo dell'accesso volto alla difesa in giudizio dei propri interessi ovvero, comunque, alla tutela di una posizione giuridicamente garantita, come espressamente previsto dall'art. 13 del d. leg.vo n. 163/2006.

DIRITTO

L'appello deve essere accolto.

Al riguardo, il Collegio ritiene di aderire all'orientamento secondo cui 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 complementarità, 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 rinvergono 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 (Consiglio di Stato n. 5062-2010).

In tal senso la disciplina dettata dall'art. 13 codice dei contratti pubblici, essendo destinata a regolare in modo completo tutti gli aspetti relativi alla conoscibilità degli atti e dei documenti rilevanti nelle diverse fasi di formazione ed esecuzione dei contratti medesimi, costituisce una sorta di microsistema normativo, collegato all'idea della peculiarità del settore considerato, pur all'interno delle coordinate generali dell'accesso tracciate dalla l. n. 241 del 1990.

Orbene, nel codice dei contratti l'accesso è strettamente collegato alla sola esigenza di una difesa in giudizio con una previsione, quindi, molto più restrittiva di quella contenuta nell'art. 24, l. n. 241 cit., la quale contempla un ventaglio più ampio di possibilità, consentendo l'accesso ove necessario per la tutela della posizione giuridica del richiedente, senza alcuna restrizione alla sola dimensione processuale (Consiglio di Stato n. 6121-2008).

In definitiva, nell'ambito di tale codice, l'accesso assume una particolare natura, in quanto non è sufficiente il riferimento alla cura di propri interessi giuridici ma è richiesto espressamente che l'accesso sia effettuato in vista della difesa in giudizio.

Ne consegue che con l'appellata sentenza erroneamente il giudice di prime cure ha ritenuto fondata la richiesta di accedere alla documentazione tecnica di tutte le altre concorrenti, avanzata dalla Società Longo Autoveicoli Industriali successivamente alla sua esclusione dalla gara e una volta che tale esclusione non risultava più impugnabile, dovendosi ritenere, invece, che tale immotivata richiesta di accesso non fosse ormai più sorretta da alcun interesse difensivo o comunque finalizzata a realizzare un interesse concretamente ed effettivamente suscettibile di tutela giuridica.

Talune incertezze giurisprudenziali in materia giustificano la compensazione delle spese del giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado proposto dalla società Longo Veicoli Industriali s.r.l.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del giorno 13 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati.

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Sabato Malinconico, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/03/2014

IL SEGRETARIO

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