

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.14/04
Reg.Dec.
N. 7860 Reg.Ric.
ANNO 2003

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto dalla Reggiane cranes and plants s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Salvatore Alberto Romano, Giovanni Battista Verbari e Giorgio Cugurra, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo, in Roma, Corso Vittorio Emanuele II n.284;

contro

la Techint – Compagnia tecnica internazionale s.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Franco Gaetano Scoca e Giovanni Gabrielli, ed elettivamente domiciliata presso il primo, in Roma, Via Paisiello n.55;

e nei confronti

dell'Autorità portuale di Trieste, in persona del Presidente pro-tempore costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato e domiciliata presso la stessa in Roma, Via dei Portoghesi n.12;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia, n.545/2003;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della società appellata e dell'Autorità portuale di Trieste;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese; Visti gli atti tutti della causa;

All'udienza del 7 ottobre 2003 relatore il Consigliere Roberto Chieppa. Uditi, altresì, l'Avv. Romano e l'Avv. Police per delega dell'Avv. Scoca;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso in appello in epigrafe la Reggiane cranes and plants s.p.a. ha chiesto l'annullamento della sentenza n.545/2003 con la quale il Tar per il Friuli Venezia Giulia ha accolto il ricorso proposto dalla Techint – Compagnia tecnica internazionale s.p.a. avverso il provvedimento del 14 aprile 2003, con cui l'Autorità portuale di Trieste aveva respinto la domanda di accesso agli elaborati progettuali presentati dall'odierna appellante nell'ambito della gara indetta per la fornitura di attrezzature portuali.

L'appello viene proposto per i seguenti motivi:

1. violazione del principio in base a cui l'esigenza di riservatezza, relativa a specifici beni della vita riconosciuti e tutelati anche da altra norma (come il know how industriale) prevale sul diritto di accesso;
2. improcedibilità per carenza di interesse di un ricorso autonomo in materia di accesso agli atti di una gara pubblica in caso di pendenza del ricorso ordinario avverso l'esito della gara;
3. insussistenza del diritto di accesso per il solo fatto di aver partecipato ad una gara pubblica;
4. incompatibilità dell'interpretazione adottata dal Tar con la normativa comunitaria in tema di appalti di forniture;
5. improcedibilità del ricorso in materia di accesso in conseguenza della tardività dell'impugnazione ordinaria proposta verso l'esito della gara.

La Techint – Compagnia tecnica internazionale s.p.a. si è costituita in giudizio, chiedendo la reiezione dell'appello.

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. L'Autorità portuale di Trieste ha aggiudicato alla Reggiane cranes and plants s.p.a. un appalto concorso per la fornitura di attrezzature portuali con la relativa progettazione esecutiva.

Con la sentenza impugnata il Tar ha accolto il ricorso proposto dalla Techint (seconda classificata) ed ha consentito l'accesso, nella forma della visione degli atti, al progetto esecutivo presentato dall'odierna appellante.

Quest'ultima deduce l'improcedibilità del ricorso di primo grado sotto due profili:

- per carenza di interesse in presenza di un ricorso autonomo in materia di accesso agli atti di una gara pubblica in caso di pendenza del ricorso ordinario avverso l'esito della gara;
- improcedibilità del ricorso in materia di accesso in conseguenza della tardività dell'impugnazione ordinaria proposta verso l'esito della gara.

Entrambi i motivi sono infondati.

Il diritto di accesso, infatti, non assume carattere meramente strumentale alla difesa in giudizio della situazione sottostante, ma ha una valenza autonoma, non dipendente dalla sorte del processo principale e dalla stessa possibilità di instaurazione del medesimo.

La posizione che legittima l'accesso non deve, quindi, possedere tutti i requisiti che legittimerebbero al ricorso avverso l'atto lesivo della posizione soggettiva vantata, ma è sufficiente che l'istante sia titolare di una posizione giuridicamente rilevante e che il suo interesse si fondi su tale posizione.

Con l'introduzione dell'azione a tutela dell'accesso, il legislatore ha inteso assicurare all'amministrato la trasparenza della pubblica amministrazione, indipendentemente dalla lesione, in concreto, di una determinata posizione di diritto o di interesse legittimo; l'interesse alla conoscenza dei documenti amministrativi viene elevato a bene della vita autonomo, meritevole di tutela separatamente dalle posizioni sulle quali abbia poi ad incidere l'attività amministrativa, eventualmente in modo lesivo.

Di conseguenza, il rimedio speciale previsto a tutela del diritto di accesso deve ritenersi consentito anche in pendenza di un giudizio ordinario, all'interno del quale i documenti oggetto della domanda di accesso possono essere acquisiti, in via istruttoria, dal giudice.

La pendenza di un ricorso giurisdizionale non opera, quindi, preclusivamente né alla sussistenza del diritto di accesso previsto dalla l. 7 agosto 1990 n.241 né all'ammissibilità dell'azione prevista dall'art.25 della stessa legge, restando al libero apprezzamento dell'interessato la scelta di avvalersi della tutela giurisdizionale ex art.25 cit. o di conseguire la conoscenza dei documenti amministrativi nel giudizio pendente, mediante esibizione istruttoria (Cons. Stato, IV, 27 novembre 1996, n.1252).

Inoltre, l'autonomia della domanda di accesso comporta che il giudice, chiamato a decidere su tale domanda, deve verificare solo i presupposti legittimanti la richiesta di accesso e non anche la ricevibilità, l'ammissibilità o la rilevanza dei documenti richiesti rispetto al giudizio principale pendente (nel caso di specie, è quindi del tutto irrilevante l'eccezione di irricevibilità del ricorso, proposta dall'appellante nell'ambito del diverso giudizio avente ad oggetto l'esito della procedura di gara).

2. Tali conclusioni non mutano a seguito dell'entrata in vigore dell'articolo 1, comma 1, della legge 205 del 2000, che prevede la possibilità di proporre il ricorso in materia di accesso incidentalmente all'interno del giudizio ordinario.

Il legislatore ha infatti espressamente previsto il carattere facoltativo di tale possibilità di proporre l'impugnativa contro il diniego di accesso ("In pendenza di un ricorso l'impugnativa di cui dall'art.25, comma 5, della legge 7 agosto 1990, n.241, può essere proposta..."); pertanto, contrasta con il dato letterale della norma la tesi secondo cui il rimedio, di cui al citato articolo 1 della legge n.205/2000, avrebbe limitato l'utilizzo dello strumento, di cui all'articolo 25 della legge 241 del

1990, nel senso di imporre il rimedio incidentale, precludendo quello principale, tutte le volte in cui il documento è inerente, sotto il profilo istruttorio, al giudizio principale.

3. E' infondato anche l'ulteriore motivo di appello, con cui viene dedotta l'insussistenza del diritto di accesso per il solo fatto di aver partecipato ad una gara pubblica.

Al riguardo, è opportuno ricordare che per avere un interesse qualificato ed una legittimazione ad accedere alla documentazione amministrativa è necessario trovarsi in una posizione differenziata ed avere una titolarità di posizione giuridicamente rilevante, che significa non titolarità di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo (ossia posizioni giuridiche soggettive piene e fondate) ma di una posizione giuridica soggettiva allo stato anche meramente potenziale, come è in astratto quella del soggetto che ha partecipato ad una pubblica gara, pur non ottenendo l'aggiudicazione.

4. La società appellante evidenzia che l'interpretazione della normativa in materia di accesso, accolta dal Tar, costituisce violazione del principio in base a cui l'esigenza di riservatezza, relativa a specifici beni della vita riconosciuti e tutelati anche da altra norma (come il know how industriale), prevale sul diritto di accesso.

Anche tale censura è priva di fondamento nei termini di seguito indicati.

Innanzitutto, va precisato che la sentenza del Tar Lazio (Tar Lazio, II, n.8936/2001) richiamata dall'appellante a sostegno della propria tesi, è stata riformata dal Consiglio di Stato (Cons. Stato, IV, n.4078/2002).

Con tale decisione il Consiglio di Stato ha evidenziato che la partecipazione ad una gara comporta, tra l'altro, che l'offerta tecnico progettuale presentata fuoriesca dalla sfera di dominio riservato dell'impresa per porsi sul piano della valutazione comparativa rispetto alle offerte presentate da altri concorrenti, con la conseguenza che la società non aggiudicataria ha interesse ad accedere alla documentazione afferente le offerte presentate in vista della tutela dei propri interessi giuridici.

In altri termini, in presenza di un'offerta vincente, non può negarsi ad altra impresa partecipante l'accesso agli atti necessari alle finalità di controllo dei requisiti tecnici e di tutte le altre caratteristiche del prodotto, oggetto della fornitura, minuziosamente contemplati nel relativo bando di gara; tale conclusione è valida a prescindere dal sistema di gara prescelto dall'amministrazione nella fattispecie concreta (per l'affermazione del principio in relazione ad una procedura di appalto concorso, vedi Cons. Stato, V, n.518/1999).

Del resto, il problema relativo allo stabilire se il diritto alla riservatezza dei terzi costituisca, o meno, un ostacolo invalicabile all'esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi è già stato risolto dall'Adunanza plenaria e dalla successiva giurisprudenza di questo Consiglio di Stato nel senso che l'interesse alla riservatezza, tutelato dalla normativa mediante una limitazione del diritto di accesso, recede quando l'accesso stesso sia esercitato per la difesa di un interesse giuridico, nei limiti in cui esso è necessario alla difesa di quell'interesse (Cons. Stato, Ad. Plen. n.5 del 4 febbraio 1997; IV Sez. 24 marzo 1998 n.498; V Sez. 22 giugno 1998 n.923).

Proprio perché la tutela dei personali interessi giuridici

costituisce la ragione per cui è possibile superare le esigenze di riservatezza della posizione del concorrente aggiudicatario, l'accesso è assicurato soltanto nella mera forma della visione dell'atto, come espressamente previsto dall'art.24 della legge n.241/1990, che - nel porre limitazioni al diritto di accesso - stabilisce, al comma 2, che va comunque garantita agli interessati «la visione degli atti relativi ai procedimenti amministrativi, la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro interessi giuridici».

Il bilanciamento tra il diritto di accesso degli interessati e il diritto alla riservatezza dei terzi non è stato rimesso alla potestà regolamentare o alla discrezionalità delle singole amministrazioni, ma è stato compiuto direttamente dalla legge che, nel prevedere la tutela della riservatezza dei terzi, ha fatto salvo il diritto degli interessati alla visione degli atti relativi ai procedimenti amministrativi, la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici (Consiglio Stato, Sez.IV, 4 febbraio 1997, n.82).

Il concetto di difesa degli interessi giuridici assume un carattere generale, comprensivo sia della difesa tecnica processuale, sia della difesa procedimentale.

Tuttavia, in presenza di un contrapposto diritto alla riservatezza (nel caso di specie, relativa a beni della vita tutelati da altre norme dell'ordinamento, quale il know how industriale), il diritto di accesso è idoneo a prevalere nella menzionata forma attenuata della visione degli atti solo in relazioni a quegli atti o a quelle parti di documenti, la cui conoscenza è necessaria per curare o per difendere gli interessi giuridici del richiedente.

Con particolare riguardo alle procedure di evidenza pubblica, la difesa degli interessi giuridici del partecipante alla gara, risultato non aggiudicatario, va limitata a quei documenti o parti di essi valutati dall'amministrazione per l'ammissione alla procedura, per la verifica della sussistenza dei requisiti di partecipazione e per la valutazione dell'offerta e l'attribuzione dei punteggi.

E' priva di fondamento la tesi sostenuta dall'appellante, secondo cui la valutazione della qualità del progetto da parte dell'amministrazione costituisce esercizio di discrezionalità tecnica, sottratta al sindacato giurisdizionale, con conseguente inidoneità della documentazione a costituire elemento necessario per la cura o la difesa degli interessi giuridici della società appellata; infatti, la sindacabilità in sede giurisdizionale della c.d. discrezionalità tecnica, esercitata dalla p.a., costituisce principio ormai consolidato (Cons. Stato, IV, n.601/1999; n.5287/2001).

Pertanto, alla corretta affermazione, contenuta l'impugnata sentenza, del diritto del ricorrente di prendere visione del progetto esecutivo presentato dalla società aggiudicataria, va aggiunto che spetta comunque all'amministrazione l'adozione di adeguate misure di tutela della riservatezza (cancellature, omissis) in relazione alle eventuali parti del progetto, idonee a rivelare i segreti industriali e che non siano state in alcun modo prese in considerazione in sede di gara.

In tal modo, non si tratta di rimettere all'amministrazione la verifica circa la necessità del documento per la cura o la tutela di interessi giuridici del privato (il che si porrebbe in contrasto con il principio di parità delle armi, che esclude che una delle parti della controversia possa verificare l'utilità del documento per la difesa della controparte); si tratta, invece, di imporre all'amministrazione di evidenziare gli elementi del progetto che ha valutato in favore dell'aggiudicatario (e conseguentemente di limitare l'accesso, nella forma della visione, a quei documenti o a quelle parti di documento).

Tale soluzione consente di contenere la descritta prevalenza del diritto di accesso sul diritto alla riservatezza industriale nei limiti strettamente necessari alla cura o difesa degli interessi giuridici, precludendo anche la visione di quelle parti di documento, non utilizzate – per stessa ammissione dell'amministrazione procedente – ai fini della positiva valutazione dell'offerta dall'aggiudicatario.

Resta ferma ovviamente la possibilità di richiedere l'acquisizione in via istruttoria dei documenti in questione al giudice competente in ordine alla domanda di annullamento dell'aggiudicazione.

5. E', infine, infondata l'ultima censura, relativa alla asserita incompatibilità dell'interpretazione adottata dal Tar con la normativa comunitaria in tema di appalti di forniture.

È sufficiente rilevare che le direttive invocate dalla società appellante non introducono alcun divieto di rendere accessibili documenti in presenza di esigenze di riservatezza industriale, ma si limitano a disporre che le amministrazioni tengano in debito conto gli interessi dei fornitori per quanto concerne i loro segreti tecnici e commerciali.

La sopra descritta interpretazione della normativa interna tiene conto di detti interessi, seppur non prevedendo la prevalenza assoluta sul diritto di accesso.

6. In conclusione, l'appello deve essere respinto nei sensi di cui in parte motiva, ovvero con la precisazione che la visione del progetto esecutivo presentato dalla società appellante in sede di gara deve essere consentita, ad eccezione delle eventuali parti del progetto, che costituiscono segreto industriale e che non hanno formato oggetto di valutazione da parte dell'amministrazione nei sensi sopra indicati.

Ricorrono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge il ricorso in appello indicato in epigrafe nei sensi di cui in parte motiva.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma, il 7 ottobre 2003, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI -, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giorgio GIOVANNINI	Presidente
Sergio SANTORO	Consigliere
Alessandro PAJNO	Consigliere
Luigi MARUOTTI	Consigliere
Roberto CHIEPPA	Consigliere Est.