

N. 00462/2009 REG.SEN.

N. 02287/2008 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 2287 del 2008, proposto da:
Endiasfalti S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Maurizio Manetti, con domicilio eletto presso
Maurizio Manetti in Firenze, via B. Varchi 59;

contro

Comune di Monsummano Terme in Persona del Sindaco P.T.;

nei confronti di

Vescovi Renzo S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Ghelli, con domicilio eletto presso
Renato Salimbeni in Firenze, via XX Settembre N. 60;

per l'annullamento

della comunicazione prot. 23444 del 5 novembre 2008 con la quale il Comune di Monsummano
Terme ha respinto l'istanza della ricorrente per il pieno accesso alla documentazione relativa anche
all'offerta tecnica presentata dalla controinteressata, relativamente alla gara per gli interventi di
risanamento acustico indetta dallo stesso comune con determinazione n. 585 del 29 agosto 2008;

e per l'accertamento

del diritto della società ricorrente ad avere pieno accesso alla documentazione, richiesta con
raccomandata del 22 ottobre 2008, e relativa all'aggiudicazione provvisoria dell'appalto avente ad
oggetto gli "interventi di risanamento acustico varie strade" di cui al bando dell'1 settembre 2008;

e per la conseguente condanna

dell'amministrazione intimata a consentire l'esercizio del diritto di accesso mediante estrazione di
copia e/o esibizione dei relativi atti e documenti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Vescovi Renzo S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25/02/2009 il dott. Bernardo Massari e uditi per le
parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Riferisce la società ricorrente di avere partecipato alla gara, mediante procedura aperta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, indetta dal Comune di Monsummano Terme con bando dell'1 settembre 2008, per l'affidamento dei lavori relativi agli "interventi di Risanamento acustico Varie Strade" di cui al progetto esecutivo approvato il 16 luglio 2008, per un importo complessivo di € 475.840,00.

Con verbale di gara del 2 ottobre 2008 veniva approvata la graduatoria provvisoria che vedeva l'attribuzione alla ricorrente di punti 70,6875 (di cui 47,65 per l'offerta tecnica) e alla controinteressata, dichiarata provvisoriamente aggiudicataria, di punti 88 (di cui 63 per l'offerta tecnica).

Al fine di verificare la correttezza dell'attribuzione dei punteggi previsti per la voce "pregio tecnico", anche in vista dell'eventuale impugnazione degli esiti della gara, la società ricorrente presentava, in data 22 ottobre 2008, una motivata istanza chiedendo di poter accedere e di estrarre copia dei documenti relativi alla gara ed in particolare di quelli posti a corredo dell'offerta tecnica presentata dall'impresa Vescovi Renzo s.p.a..

Con nota del 5 novembre 2008, il Dirigente del Settore servizi tecnici del Comune, inviava copia del verbale di gara ma, contestualmente, riteneva di non poter soddisfare la richiesta della ricorrente con riferimento ai contenuti dell'offerta tecnica in quanto, secondo una dichiarazione preventivamente resa dall'impresa Vescovi Renzo s.p.a., questa conterrebbe "informazioni di carattere tecnico e commerciale la cui diffusione potrebbe mettere a rischio la nostra competitività nelle future gare" ed inoltre i documenti approntati dai suoi collaboratori dell'esercizio della loro attività professionale "costituiscono frutto del loro ingegno tutelato dalla legge".

Contro tale atto si grava la società ricorrente reclamando l'accertamento del proprio diritto al pieno accesso a tutta la documentazione richiesta, con la conseguente condanna del Comune intimato a consentire l'esercizio del diritto d'accesso mediante estrazione di copia ovvero a mezzo di esibizione dei relativi atti e documenti.

A sostegno di tale pretesa viene dedotta la violazione dei principi in materia di trasparenza dell'azione amministrativa, nonché delle norme recate dalla legge n. 241/1990 sul diritto all'accesso; si lamenta, altresì, la violazione dello stesso Regolamento per il diritto di accesso agli atti amministrativi emanato dalla Comune di Monsummano Terme il cui articolo 20 garantisce ai richiedenti almeno la visione degli atti sottratti all'accesso "nel caso in cui la conoscenza di tali atti sia necessaria per curare o difendere proprie situazioni giuridicamente rilevanti"; viene, inoltre, evidenziata l'illegittimità dell'atto impugnato con specifico riferimento alle norme recate dall'art. 13 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

L'Amministrazione intimata non si è costituita in giudizio.

Preliminarmente, il Collegio reputa opportuno rammentare che la mancata impugnazione del provvedimento di esclusione e di aggiudicazione della gara alla controinteressata non priva la ricorrente dell'interesse a coltivare il giudizio avente ad oggetto l'esercizio del diritto di accesso agli atti della gara.

E ciò in quanto, ove non abbia carattere unicamente emulativo, il diritto di accesso, non assume funzione 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.

Nel caso di specie, tuttavia, pur non essendo stata avanzata dalla controparte specifica eccezione in tal senso, va rilevato che, come osservato dalla difesa della ricorrente nel corso della discussione orale, è tuttora pendente il termine per l'impugnazione, con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara avvenuta in data 21 novembre 2008.

Nel merito il ricorso è suscettibile di parziale accoglimento.

La società controinteressata evidenzia che l'interpretazione della normativa in materia di accesso, su cui si fonda il ricorso, 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.

La tesi non può essere condivisa.

Osserva il Collegio che 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 dalla Adunanza plenaria e dalla successiva giurisprudenza del 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; id. sez. IV, 24 marzo 1998 498; id., sez. V, 22 giugno 1998, 923).

Con specifico riferimento alla materia oggetto del contenzioso in esame, deve poi rilevarsi che, come più volte evidenziato da copiosa giurisprudenza, 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 (Cons. Stato sez. IV, 30 luglio 2002, n. 4078; id. sez. VI, 7 giugno 2006, n. 3418; T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 06 giugno 2007, n. 1473; T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 16 maggio 2007, n. 4555).

In tal senso milita la corretta interpretazione dell'art. 13, comma 5, del d.lgs. n. 163/2006 secondo cui "Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti segreti o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, 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; b) a eventuali ulteriori aspetti riservati delle offerte, da individuarsi in sede di regolamento".

Con la precisazione contenuta nel successivo comma, secondo cui "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".

In altre parole, ed in attuazione delle direttive comunitarie in materia, 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 (Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 1997, n. 82).

Il concetto di difesa degli interessi giuridici assume perciò 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 (Cons. Stato, sez. IV, 9 gennaio 2004, n. 14).

Con riferimento al regolamento interno della stazione appaltante, si osserva poi che la limitazione del diritto di accesso per i documenti e gli atti di natura tecnico professionale prodotti dalle imprese partecipanti a pubbliche gare opera solo con riferimento alla estrazione di copia degli atti stessi e non anche alla visione, che ai sensi del medesimo regolamento è comunque garantita ai richiedenti.

Una diversa interpretazione condurrebbe alla disapplicazione del regolamento in quanto illegittimo e non alla negazione del diritto di accesso.

Pertanto, deve essere riconosciuto il diritto del ricorrente di prendere visione dell'intera offerta presentata dalla società aggiudicataria, spettando però all'amministrazione l'adozione di adeguate misure di tutela della riservatezza (cancellature, omissis) in relazione alle eventuali parti dell'offerta, idonee a rivelare i segreti industriali e che non siano state in alcun modo prese in considerazione in sede di gara (Cons. Stato sez. VI, 7 giugno 2006, n. 3418).

Il Collegio non ignora che, secondo un più radicale orientamento, l'art. 24 comma 7 l. n. 241 del 1990 e l'art. 13 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 imporrebbero che il diritto di accesso sia garantito nella forma piena dell'estrazione di copia, e non della semplice presa di visione, al concorrente non aggiudicatario di una gara di appalto che abbia interesse a conoscere la documentazione di gara per tutelare in sede giurisdizionale i propri interessi (T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 14 settembre 2006, n. 3220; T.A.R. Piemonte Torino, sez. I, 08 maggio 2008, n. 1015).

Tuttavia, posto che la formulazione letterale del citato art. 13, riferita genericamente all'accesso, senza la specifica menzione del diritto all'estrazione di copia, non consente univocamente tale soluzione, si deve ritenere che la risoluzione fatta propria dal Collegio sia maggiormente idonea a contemperare gli opposti interessi in gioco nella vicenda processuale.

Solo in questo modo, escludendo la rimessione alla discrezionale valutazione dell'amministrazione la verifica circa la necessità del documento per la cura o la tutela di interessi giuridici del privato è possibile 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 precedente - ai fini della positiva valutazione dell'offerta dall'aggiudicataria.

Per le considerazioni che precedono il ricorso deve pertanto essere accolto conseguendone l'annullamento dell'atto impugnato.

Per l'effetto deve essere ordinato al Comune di Monsummano Terme di consentire alla società ricorrente di prendere visione dei 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.

In relazione alla natura della controversia, tenuto conto del non uniforme orientamento giurisprudenziale, si ravvisano giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione I[^], definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla l'atto impugnato.

Dispone che, nel termine di trenta giorni dalla comunicazione o dalla notifica della sentenza, il Comune di Monsummano Terme consenta alla società ricorrente di prendere visione dei documenti richiesti con le modalità specificate in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 25/02/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Gaetano Ciccio, Presidente

Saverio Romano, Consigliere

Bernardo Massari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/03/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO