

Consiglio di Stato, VI, 11 gennaio 2012, n. 110

Accesso agli atti da parte di soggetto non partecipante alla gara – Ammissibilità ai fini della tutela giurisdizionale e dell'annullamento del procedimento – Prevalente la legge 241/90 sul Codice contratti pubblici

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 74 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 7887 del 2011, proposto dalla s.p.a. Arval Service Lease Italia, rappresentata e difesa dall'avv.....;

contro

La s.p.a. Poste Italiane, rappresentata e difesa dall'avv.....;

nei confronti di

La s.p.a. Leaseplan Italia, rappresentata e difesa dagli avvocati Alfredo Lucente e Francesco Goisis, con domicilio eletto presso lo studio.....;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III TER n. 4081/2011, resa tra le parti, concernente SILENZIO-RIGETTO SU RICHIESTA DI ACCESSO AI DOCUMENTI RELATIVI ALLA FORNITURA IN FULL RENT DI AUTOVEICOLI DA UTILIZZARE PER TRASPORTO E RECAPITO DI PRODOTTI POSTALI

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Poste Italiane Spa e di Leaseplan Italia Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2011 il Cons. Claudio Boccia e uditi per le parti l'avvocatoe considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il bando pubblicato sulla G.U.C.E. S153 del 10 Agosto 2010, la s.p.a. Poste Italiane indicava una "procedura aperta per l'istituzione di Accordi Quadro per la fornitura in Full Rent di 16.640 autoveicoli di vari tipologie, nuovi di fabbrica e di prima immatricolazione, da utilizzare per il trasporto ed il recapito dei prodotti postali."

Alla gara partecipava un'unica azienda, la s.p.a. LeasePlan.

Con lettera raccomandata dell'8 novembre 2010, recapitata in data 22 novembre 2010, la società Arval chiedeva a Poste Italiane s.p.a. "il rilascio, in carta semplice, della documentazione prodotta unitamente all'offerta di gara da parte di LeasaPlan s.p.a., aggiudicataria provvisoria della gara d'appalto in oggetto, nonché copia del verbale di aggiudicazione provvisoria e di ogni altro atto anteriore,coevo e successivo

relativo all'aggiudicazione stessa."

Con ricorso al T.A.R. Lazio n. 12060/2010, depositato il 28 novembre 2010, la medesima società impugnava, ai sensi dell'articolo 120 c.p.a., gli atti della procedura di gara, riservandosi di proporre motivi aggiuntivi all'esito dell'esame della documentazione richiesta con la sua istanza di accesso.

2. Con il ricorso di primo grado n. 694 del 2011, proposto al T.A.R. Lazio, depositato il 26 gennaio 2011, la società impugnava, ai sensi dell'articolo 116 c.p.a., il silenzio- rigetto sulla istanza di accesso alla documentazione di gara rivolta a Poste Italiane s.p.a..

3. Con la sentenza n. 4081 del 10 maggio 2011, il T.A.R. adito rigettava tale ricorso, ritenendo che:

a) il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento dei contratti pubblici trova apposita disciplina nel d.lgs. n.163 del 2006 e precisamente all'art. 13;

b) tale articolo detta una disciplina particolare di accesso agli atti nel suindicato settore, pur operando un generale rinvio alle norme della legge n.241 del 1990;

c) il comma 6 del predetto articolo consente l'accesso agli atti coperti da segreti tecnici e commerciali solo al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi;

d) non avendo partecipato alla gara, la società Arval non sarebbe titolare di quella posizione giuridica differenziata e qualificata che legittimerebbe la richiesta di accesso;

e) il diritto di accesso agli atti amministrativi non può estendersi ad un sindacato generalizzato di tutta l'attività procedimentale, cui si è rimasti volontariamente estranei.

4. Avverso la predetta sentenza, la s.p.a. Arval ha presentato l'appello in esame, deducendo che:

a) la sua posizione giuridicamente tutelata alla conoscenza ed ostensione dei documenti deriva dal fatto che, essendo una primaria operatrice nel settore della locazione, dotata di adeguata professionalità e peraltro già aggiudicataria di una precedente gara, può desumere dai suddetti atti se vi siano elementi di abuso e, quindi, impugnarli con motivi aggiunti nell'apposito giudizio in cui ha già contestato la legittimità della procedura conclusasi con l'aggiudicazione della gara alla società LeasePlan;

b) la sua richiesta di accesso agli atti è del tutto svincolata dalla sorte del giudizio principale, dal momento che il diritto di accesso non è meramente strumentale alla proposizione di una azione giudiziale, ma assume un carattere autonomo rispetto ad essa;

c) non sussiste alcun limite alla richiesta di accesso, poiché la medesima non concerne documenti sottratti all'accesso, ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. n.163 del 2006.

Si sono costituite in giudizio la s.p.a. Poste Italiane e la s.p.a. LeasePlan, che, opponendosi all'accoglimento del ricorso in appello, hanno rilevato che:

a) l'accesso agli atti in materia di appalti presuppone, come per l'accesso agli atti amministrativi, l'esistenza di un interesse specifico, personale ed attuale alla conoscenza di tali atti, in quanto le norme non consentono un accesso con finalità ispettive o di controllo;

b) l'interesse, nel caso in esame, che legittima la richiesta di tali atti può derivare solo dall'aver partecipato alla gara;

c) il giudizio proposto per l'annullamento dell'aggiudicazione, che secondo quanto affermato dalla Arval s.p.a., costituisce il presupposto necessario della richiesta d'accesso agli atti, è da ritenersi inammissibile in quanto - per la giurisprudenza consolidata - la legittimazione al ricorso, nelle controversie riguardanti l'affidamento dei contratti pubblici, spetta esclusivamente ai soggetti partecipanti alla gara;

d) non è esatto e, comunque, è contraddittorio affermare che l'inammissibilità del ricorso proposto per l'annullamento degli atti di gara sarebbe irrilevante ai fini della valutazione dell'interesse all'accesso, poiché ciò vanificherebbe tutto il sistema della legge n.241 del 1990.

La società LeasePlan aggiunge inoltre che il ricorso in appello sarebbe tardivo e quindi irricevibile e che il medesimo sarebbe inammissibile, in quanto i capi della sentenza sono stati impugnati attraverso un' unica e generica censura.

La ricorrente ha replicato con memoria, insistendo nella propria domanda.

5. Così sintetizzate le vicende che hanno condotto al secondo grado del giudizio, ritiene la Sezione, preliminarmente, che è infondata l'eccezione di tardività dell'appello, in quanto la sentenza di primo grado è stata pubblicata il 10 maggio 2011 e l'appello è stato notificato il 26 settembre 2011, nel rispetto dei termini previsti dall'art. 87, commi 2 e 3, del c.p.a. e dall'art. 155 del c.p.c..

6. Analogamente è priva di pregio l'eccezione di inammissibilità dell'appello per la sua ipotizzata genericità, in quanto il medesimo ha indicato le ragioni poste a suo fondamento, specificamente contestando le statuizioni contenute nella sentenza impugnata.

7. Nel merito, il Collegio ritiene fondato il ricorso in appello nei termini di seguito indicati.

Sia il giudice di prime cure sia le società appellate (s.p.a. Poste Italiane e s.p.a. LeasaPlan) ritengono che la società Arval sia priva di un interesse giuridicamente rilevante ad accedere agli atti di gara, non avendo partecipato alla gara d'appalto.

In proposito, non può sottacersi che la società Arval ha instaurato un apposito giudizio tendente a contestare gli atti di gara, chiedendone l'annullamento e riservandosi la facoltà di presentare motivi aggiunti in esito all'esame dei documenti richiesti.

In quest'ottica l'istanza ostensiva dei documenti di gara non può non considerarsi funzionale e di possibile supporto ed integrazione alle contestazioni già formulate, prescindendo dal rilievo che alle stesse verrà attribuito nel processo in cui le medesime saranno esaminate.

Sarà, infatti, il giudice investito dell'esame del ricorso volto all'annullamento degli atti di gara a dover valutare il ricorso medesimo e gli eventuali motivi aggiunti sia in termini di ammissibilità sia in termini di fondatezza.

Quanto alle disposizioni dell'art.13 del d.lgs. n.163 del 2006, occorre precisare che - se è vero che tale articolo contiene specifiche previsioni in materia di accesso ai documenti di gara, ritenendo non ostensibili od ostensibili ai soli ricorrenti, i documenti che costituiscono, con motivata e comprovata dichiarazione degli offerenti, segreti tecnici o commerciali - va innanzitutto osservato che dagli atti acquisiti non risulta che tale previsione normativa sia stata menzionata alla s.p.a. Arval per motivare il diniego alla sua richiesta di accesso.

Peraltro, la fattispecie in esame è disciplinata dalle disposizioni cui lo stesso art. 13 fa espresso rinvio e cioè da quelle contenute nella legge n. 241 del 1990 ed in particolare dall'art. 24, per il quale spetta ai richiedenti l'accesso ai documenti la cui conoscenza è necessaria per curare o difendere i propri interessi giuridici.

D'altronde non può non riconoscersi che con la tutela del diritto di accesso il legislatore ha voluto assicurare all'amministrato la trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione, indipendentemente dall'effettiva lesione di una determinata situazione di diritto soggettivo o di interesse legittimo.

Quanto sopra, peraltro, assume una particolare rilevanza non solo nei confronti del singolo soggetto richiedente, ma, in una fattispecie come quella in esame, anche nei confronti della pubblica amministrazione – o del soggetto ad essa equiparato - che deve rispettare le regole sulla trasparenza della azione amministrativa.

Alla stregua di tali considerazioni il ricorso in appello è da ritenersi fondato, sicché, in riforma della sentenza impugnata, va accolto il ricorso di primo grado n. 694 del 2011.

Ricorrono giusti motivi per compensare fra le parti le spese per i due gradi del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)definitivamente pronunciando sull'appello n. 7887 del 2011, come in epigrafe proposto, lo accoglie e , per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso proposto in primo grado n. 694 del 2011 ed ordina alla s.p.a. Poste Italiane di rilasciare, entro il termine di 30 giorni decorrente dalla data di comunicazione della presente sentenza, copia della documentazione richiesta da parte appellante .

Compensa le spese dei due gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2011

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/01/2012

IL SEGRETARIO

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