



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 5198 del 2009, proposto da:
Ecolsud S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Paccione, con domicilio eletto
presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria N.2;

contro

Istituto Zooprofilattico Sperimentale Puglia e Basilicata, rappresentato e difeso
dagli avv. Giuseppe Romano, Michele Romano, con domicilio eletto presso
Antonio Appella in Roma, largo Oreste Giorgi N. 10;

nei confronti di

Ditta Panda S.a.s. di Moncaniello Luigia & C., rappresentato e difeso dagli avv.
Antonio Mescia, Giacomo Mescia, con domicilio eletto presso Franco Gaetano
Soca in Roma, via Giovanni Paisiello 55;

per la riforma

della ordinanza del Tar Puglia - Bari :sezione I n. 00068/2009, resa tra le parti,
concernente SERVIZIO DI RACCOLTA, TRASPORTO E SMALTIMENTO
RIFIUTI SANITARI PERICOLOSI.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Istituto Zooprofilattico Sperimentale Puglia e Basilicata;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ditta Panda S.a.s. di Moncaniello Luigia & C.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 2009 il dott. Roberto Garofoli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con la pronuncia impugnata il primo giudice ha respinto l'impugnazione proposta dalla società odierna appellante avverso il provvedimento con cui l'Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Puglia e della Basilicata ha consentito la sola visione, senza estrazione di copia, dell'offerta tecnica presentata dall'aggiudicataria Panda S.a.s. nel corso della procedura di gara indetta per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti sanitari pericolosi a rischio infettivo.

Nel dettaglio, il primo giudice ha ritenuto che l'ostensione dei documenti contenenti progetti tecnici o studi presentati dai concorrenti è consentito nella sola forma della presa visione con esclusione della possibilità di estrazione di copia.

Avverso la pronuncia insorge la società ricorrente, ritenendone l'erroneità.

All'udienza del 14 luglio 2009 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Il ricorso va accolto per le ragioni di seguito illustrate.

Giova considerare che, nel caso di specie, non è in discussione la fondatezza della pretesa ostensiva azionata dalla società ricorrente, la controversia vertendo solo sulle modalità di esercizio della stessa, dalla stazione appaltante identificate nella mera visione senza estrazione di copia.

Ritiene il Collegio che debba trovare applicazione la disciplina dettata, per l'accesso agli atti delle procedure di gara, dall'art. 13, D. Lgs. n. 163/2006, il cui comma 1 rinvia alla disciplina generale dell'accesso dettata dagli artt. 22 e seguenti della legge n. 241/1990, salvo a dettare talune disposizioni speciali.

Tra queste, quelle previste dal comma 5 che, a salvaguardia del diritto alla riservatezza dei partecipanti alle procedure di affidamento e dei soggetti privati che hanno formato alcuni degli atti ivi indicati, introduce un divieto di accesso e di divulgazione assoluto e non circoscritto (come quello di cui al precedente comma 3) alla fase anteriore rispetto all'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, in quanto finalizzato non già a tutelare la regolarità della procedura di affidamento quanto a proteggere le posizioni giuridiche soggettive dei concorrenti in gara e degli altri soggetti privati coinvolti.

Il citato comma 5 prevede, invero, che “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”.

Il legislatore ha inteso quindi escludere dal raggio di azionabilità del diritto di ostensione la documentazione suscettibile di rivelare il know-how industriale e commerciale contenuto nelle offerte delle imprese partecipanti, sì da evitare che operatori economici in diretta concorrenza tra loro possano utilizzare l'accesso non già per prendere visione della stessa allorché utile a coltivare la legittima

aspettativa al conseguimento dell'appalto, quanto piuttosto per giovare delle specifiche conoscenze possedute da altri al fine di conseguire un indebito vantaggio commerciale all'interno del mercato.

Lo stesso comma 5 subordina, tuttavia, il funzionamento della causa di esclusione alla manifestazione di interesse da parte della stessa impresa cui si riferiscono i documenti cui altri intende accedere: è necessario, invero, che si tratti di informazioni integranti, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali.

Ciò posto, il Collegio non può non prendere atto della mancata formulazione, nel caso di specie, della indicata manifestazione di interesse alla non divulgazione da parte della società Panda, dei cui atti di gara la società ricorrente intende ottenere copia.

Deve, pertanto, concludersi nel senso della riesplorazione della disciplina generale in tema di accesso dettata dalla legge n. 241/1990, nella quale peraltro non è previsto un generale limite modale volto ad escludere che l'accesso si eserciti mediante il conseguimento di copia, oltre che con la visione del documento.

Una precisazione, a quest'ultimo riguardo, appare ancora necessaria.

Giova considerare che lo stesso art. 13, D. Lgs. n. 163/2006, dopo aver previsto i casi in cui il diritto di accesso è escluso, dispone al comma 6 che "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".

Si tratta di previsione che riafferma quella tendenziale prevalenza del c.d. accesso difensivo, in generale disposta dall'art. 24, co. 7, l. n. 241/1990.

Ebbene, né l'art. 13, co. 6, D. Lgs. n. 163/2006, né l'art. 24, nella formulazione risultante a seguito della legge n. 15/2005, prevedono che l'accesso c.d. difensivo,

come tale prevalente sulle antagoniste ragioni di riservatezza o di segretezza tecnica o commerciale, possa e debba essere esercitato nella forma della sola visione, senza estrazione di copia.

Quanto alla disciplina generale, in particolare, l'intervenuta normativa di cui alla l. n. 15 del 2005, modificativa in parte qua della l. n. 241 del 1990, comporta che debba ricomprendersi nel diritto di accesso sia la visione che il rilascio di copia del documento, attesa l'abrogazione della disposizione dettata dall'art. 24, comma 2, lett. d), nella formulazione originaria della l. n. 241/1990, che prevedeva, invece, a tutela della riservatezza dei terzi, persone ed imprese, la possibilità di escludere il diritto d'accesso «garantendo peraltro agli interessati la visione degli atti relativi ai procedimenti amministrativi, la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro interessi giuridici»: abrogazione che fa ritenere superata ogni possibilità di distinguere tra le due indicate modalità di accesso (in termini lo stesso Tar Bari, sez. I, 5 febbraio 2007, n. 337).

Alla stregua delle esposte ragioni, va pertanto accolto il gravame.

Sussistono giustificate ragioni per disporre la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando sul ricorso, lo accoglie ordinando alla stazione appaltante di consentire l'accesso anche con estrazione di copia.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Claudio Varrone, Presidente

Roberto Chieppa, Consigliere

Roberto Garofoli, Consigliere, Estensore

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/10/2009

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

Il Direttore della Sezione