

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
DEL LAZIO
ROMA - SEZIONE PRIMA bis

N /

Reg. Sent.

N. 2339/2005 Reg. Ric.

composto dai Magistrati:

- ELIA ORCIUOLO Presidente
- PIETRO MORABITO Consigliere
- ELENA STANIZZI Consigliere Rel. Est.

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

Sul ricorso N. 2339/2005 R.G. proposto dalla Società *ECOLOGIA SOLUZIONE AMBIENTE S.p.a.* a socio unico, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Paolo Coli e dall'Avv. Andrea Guarino ed elettivamente domiciliata presso lo Studio Legale di quest'ultimo sito in Roma, Piazza Borghese n. 3;

C O N T R O

- il *MINISTERO DELLA DIFESA*, lo *STABILIMENTO MILITARE DEI MATERIALI DI DIFESA N.B.C.*, ora *COSTITUENDO CENTRO TECNICO LOGISTICO INTERFORZE N.B.C.*, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato presso il cui Ufficio sito in Roma, Via dei Portoghesi n. 12 sono, ope legis, domiciliati;

E N E I C O N F R O N T I D I

- *F & PA TECHNOLOGIES DI G. GARBARINO & C. S.a.s.*, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Tiziana Pinti e domiciliata presso la Segreteria della Sezione sita in Roma, Via Flaminia n. 189;

P E R L ' A N N U L L A M E N T O

- del provvedimento assunto dal Costituendo Centro Logistico Interforze NBC (già Stabilimento Militare dei Materiali di Difesa NBC) del Ministero della Difesa in data 9 febbraio 2005, prot. n. 7/623/D.13-3826, recante il diniego all'accesso, da parte della società ricorrente, ai documenti amministrativi costituiti da:

a) richiesta di formulazione di offerta alla concorrente seconda classificata F & PA Technologies di G. Garbarino & C. S.a.s. nella gara con procedura ristretta per la fornitura ed installazione di un impianto di demilitarizzazione di proietti residuati bellici a caricamento chimico muniti di spoletta completo di corso di addestramento e attività di primo avviamento, e dichiarazione di disponibilità alla formulazione di offerta della seconda classificata nella predetta procedura negoziata;

b) offerta formulata dalla seconda classificata;

c) verbale di accertamento della congruità dell'offerta stilato dalla Commissione Giudicatrice;

d) documenti inerenti l'aggiudicazione alla seconda classificata;

e) tutti i documenti successivi alla stipulazione del contratto del 5 ottobre 2004 prot. n. 3855 con la seconda classificata inerenti la sua esecuzione, con particolare riferimento al progetto per la realizzazione dell'impianto per la demilitarizzazione di proietti residuati bellici a caricamento chimico muniti di spoletta;

diniego adottato sulla base della considerazione che trattasi di "atti relativi ad altro procedimento, a trattativa privata, al quale non si ritiene collegabile un interesse da tutelare" in capo alla società ricorrente;

E PER OTTENERE

- l'accertamento e la declaratoria del proprio diritto all'accesso ai documenti amministrativi di cui al gravato provvedimento di diniego;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione della Difesa e della controinteressata F & PA Technologies di G. Garbarino & C. S.a.s.;

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi, alla Camera di Consiglio del 27 aprile 2005, l'Avv. Luca Malvezzi Campeggi per delega dell'Avv. Andrea Guarino per la parte ricorrente, l'Avv. dello Stato Vittorio Cesaroni per l'Amministrazione resistente e l'Avv. Tiziana Pinti per la controinteressata F & PA Technologies di G. Garbarino & C. S.a.s. - Giudice relatore il Consigliere Elena Stanizzi;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

Quale premessa delle illegittimità denunciate espone in fatto la società odierna ricorrente di aver partecipato alla gara con procedura ristretta per la fornitura ed installazione di un impianto di demilitarizzazione di proietti residuati bellici a caricamento chimico muniti di spoletta completo di corso di addestramento e attività di primo avviamento, a prezzo base palese complessivo prestabilito e non superabile di € 742.700, e di essersi aggiudicata la gara per un importo complessivo di € 698.138.

Stipulato, in data 13 dicembre 2002, il relativo contratto, la ricorrente, nella fase di elaborazione della progettazione di dettaglio, rilevata la necessità di introdurre modifiche ed integrazioni al progetto fornito dalla stazione appaltante, le ha sottoposte al vaglio dell'Amministrazione la quale, in

esito a scambio di corrispondenza sul punto, ha proposto allo Stato Maggiore dell'Esercito la sospensione del contratto e la esecuzione in danno.

Con decreto datato 26 ottobre 2004 è stata quindi disposta la risoluzione per inadempimento del contratto stipulato con la ricorrente ed è stata successivamente escussa la fideiussione prestata a titolo di cauzione definitiva.

La società ricorrente ha quindi convenuto innanzi al giudice ordinario l'Amministrazione appaltante al fine di ottenere l'accertamento della insussistenza dei presupposti per la risoluzione del contratto per inadempimento.

A seguito di istanza di accesso dell'11 novembre 2004, la ricorrente ha preso visione, tra gli altri, del decreto n. 6 del 26 ottobre 2004 di risoluzione del contratto con la stessa stipulato n. 3826 del 13 dicembre 2002, formulando nuova richiesta di accesso ad ulteriori documenti ivi richiamati, e segnatamente, alla richiesta di offerta e di disponibilità alla seconda classificata nel procedimento di gara, alla offerta della società seconda classificata, al verbale di congruità della Commissione, alla copia del contratto n. 3855 del 5 ottobre 2004 stipulato con la seconda classificata F & PA Technologies, ai documenti inerenti l'aggiudicazione alla seconda classificata e a tutti i documenti successivi alla stipulazione del contratto del 5 ottobre 2004 prot. n. 3855 con la seconda classificata inerenti la sua esecuzione, con particolare riferimento al progetto per la realizzazione dell'impianto per la demilitarizzazione di proietti residuati bellici a caricamento chimico muniti di spoletta.

Con il gravato atto del 9 febbraio 2005 l'Amministrazione procedente ha accolto la richiesta di accesso mediante estrazione di copia del contratto n. 3855 del 5 ottobre 2004 stipulato con la seconda classificata F & PA Technologies, rigettando la richiesta nella parte in cui concerne l'accesso agli atti inerenti l'affidamento della gara ad altra società (richiesta offerta e disponibilità alla esecuzione del lavoro, offerta della società, verbale di congruità della Commissione, tutti i documenti inerenti l'aggiudicazione e tutti gli atti successivi alla stipulazione del contratto ed alla sua esecuzione.

Le ragioni del diniego vengono dall'Amministrazione indicate nella circostanza che trattasi di "atti relativi ad altro procedimento a trattativa privata, al quale non si ritiene collegabile un interesse di codesta ditta da tutelare" e che solo nell'interesse dell'Amministrazione e per motivi di carattere finanziario i due procedimenti sono confluiti nello stesso decreto di risoluzione del contratto con il ricorrente e di contestuale approvazione del nuovo contratto.

Avverso tale diniego, parte ricorrente deduce i seguenti motivi di censura:

- violazione di legge; violazione dell'art. 24 della legge n. 241 del 1990; violazione del D.P.R. n. 352 del 1992.

Assume, innanzitutto, parte ricorrente che l'Amministrazione che detiene documenti amministrativi, anche se riferiti ad attività di tipo privatistico, direttamente riferibili ad un interesse personale e concreto del richiedente, non può limitare il diritto di accesso se non per motivate esigenze di riservatezza.

L'interesse alla esibizione di documenti amministrativi, inoltre, va rapportato alle finalità dichiarate dal richiedente che, nella fattispecie, consiste nell'interesse qualificato della ricorrente a conoscere il contenuto degli atti del procedimento posto in essere dall'Amministrazione procedente confluito nella stipulazione con un soggetto terzo di un contratto per l'esecuzione della fornitura oggetto della gara di cui è risultata aggiudicatrice la ricorrente ed alla stessa sottratta per effetto della risoluzione del contratto per inadempimento.

Attraverso la conoscenza degli atti relativi all'affidamento alla F & PA Technologies S.a.s. la ricorrente, difatti, può avere contezza della asserita irrealizzabilità tecnica dell'impianto secondo le specifiche tecniche previste dall'Amministrazione in quanto affette da vizi di progettazione dell'elaborato posto a base di gara, che si presenta funzionale alla dimostrazione, in sede del giudizio pendente innanzi al giudice ordinario, della insussistenza dei presupposti per la disposta risoluzione del contratto per inadempimento.

Chiede, dunque, parte ricorrente, l'annullamento del gravato diniego di accesso, nonché l'accertamento e la declaratoria del proprio diritto all'accesso alla documentazione richiesta, consistente nella offerta formulata dalla seconda classificata e disponibilità alla esecuzione del lavoro, nel verbale di accertamento della congruità dell'offerta redatto dalla Commissione, nei documenti inerenti l'aggiudicazione alla seconda classificata e in tutti gli atti successivi alla stipulazione del contratto ed inerenti la sua esecuzione, ivi compreso il progetto per la realizzazione dell'impianto per la demilitarizzazione di proietti residuati bellici a caricamento chimico muniti di spoletta.

Si è costituita in resistenza l'intimata Amministrazione con formula di rito, depositando pertinente documentazione.

Si è costituita in giudizio anche la controinteressata F & PA Technologies di G. Garbarino & C. S.a.s. opponendosi alla richiesta di accesso al progetto esecutivo trattandosi non di atto amministrativo, bensì di opera dell'ingegno di proprietà del suo autore rientrante nel patrimonio aziendale, nei cui confronti sussiste l'interesse a che non entri nella materiale disponibilità di altre imprese che operano sul mercato in posizione concorrenziale.

Evidenzia, inoltre, la controinteressata, come gli atti oggetto della richiesta di accesso facciano parte di un diverso procedimento cui è estranea la ricorrente, in capo alla quale non può riconoscersi la sussistenza di un interesse giuridicamente tutelabile, in quanto la dichiarata necessità di acquisizione documentale al fine di dimostrare l'illegittimità della risoluzione del contratto per inadempimento mediante prova dell'assenza dei presupposti dell'inadempimento, prescinde dalla conoscenza della richiesta documentazione, ed in particolare, del progetto esecutivo redatto dalla controinteressata, con conseguente mancanza in capo alla ricorrente sia della legittimazione alla richiesta di accesso sia di un interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti.

Alla Camera di Consiglio del 27 aprile 2005, la causa è stata chiamata e, sentiti i difensori delle parti, trattenuta per la decisione, come da verbale.

DIRITTO

Con il ricorso in esame la società odierna ricorrente impugna il provvedimento, meglio indicato in epigrafe nei suoi estremi, con cui è stata esitata la richiesta di accesso alla documentazione inerente il contratto n. 3855 del 5 ottobre 2004 stipulato con la società F & PA Technologies di G. Garbarino & C. S.a.s., seconda classificata nella gara con procedura ristretta per la fornitura ed installazione di un impianto di demilitarizzazione di proietti residuati bellici a caricamento chimico muniti di spoletta completo di corso di addestramento e attività di primo avviamento, l'offerta formulata dalla seconda classificata e disponibilità alla esecuzione del lavoro, il verbale di accertamento della congruità dell'offerta redatto dalla Commissione, i documenti inerenti l'aggiudicazione alla seconda classificata e tutti gli atti successivi alla stipulazione del contratto ed inerenti la sua esecuzione, ivi compreso il progetto per la realizzazione dell'impianto per la demilitarizzazione di proietti residuati bellici a caricamento chimico muniti di spoletta.

In particolare, si duole la ricorrente del diniego di accesso opposto dall'intimata Amministrazione a tutti gli atti suindicati, ad eccezione del contratto, motivato sulla base della considerazione che

trattasi di "atti relativi ad altro procedimento a trattativa privata, al quale non si ritiene collegabile un interesse di codesta ditta da tutelare" e che solo nell'interesse dell'Amministrazione e per motivi di carattere finanziario i due procedimenti sono confluiti nello stesso decreto di risoluzione del contratto con il ricorrente e di contestuale approvazione del nuovo contratto.

Nella gradata elaborazione logica dell'iter decisionale sulla controversia che qui occupa, giova, in via preliminare, premettere qualche cenno in fatto - già più diffusamente illustrato in parte narrativa - alla vicenda su cui si innesta la richiesta di accesso esitata nel gravato provvedimento di diniego, e ciò anche al fine di compiutamente enucleare i parametri di riferimento indispensabili ai fini della verifica della sussistenza in capo alla ricorrente dei presupposti legittimanti l'accesso, con particolare riguardo alla legittimazione all'azione ed all'interesse alla stessa al fine della tutela di una situazione giuridicamente rilevante.

In tale direzione va, quindi, precisato che la società ricorrente è risultata aggiudicataria della gara con procedura ristretta per la fornitura ed installazione di un impianto di demilitarizzazione di proiettili residuati bellici a caricamento chimico muniti di spoletta completo di corso di addestramento e attività di primo avviamento.

Con decreto datato 26 ottobre 2004 è stata disposta la risoluzione per inadempimento del contratto n. 3826 del 13 dicembre 2002 stipulato con la ricorrente ed è stata successivamente escussa la fideiussione prestata a titolo di cauzione definitiva.

Nel medesimo decreto si dà inoltre atto dell'avvenuta stipula del contratto n. 3855 del 5 ottobre 2004 con la F & PA Technologies S.a.s., seconda classificata nella gara per l'affidamento della fornitura, previa acquisizione della disponibilità della stessa alla sua esecuzione con le medesime clausole contrattuali e capitolato tecnico posti a base della procedura ristretta.

La società ricorrente ha convenuto innanzi al giudice ordinario l'Amministrazione appaltante al fine di ottenere l'accertamento della insussistenza dei presupposti per la risoluzione del contratto per inadempimento, stante l'asserita non realizzabilità tecnica dell'impianto secondo le specifiche tecniche previste dall'Amministrazione in quanto affette da vizi di progettazione dell'elaborato posto a base di gara.

La ricorrente ha, inoltre, presentato istanza di accesso alla documentazione inerente il contratto n. 3855 del 5 ottobre 2004 stipulato con la società seconda classificata, l'offerta formulata dalla seconda classificata e disponibilità alla esecuzione del lavoro, il verbale di accertamento della congruità dell'offerta redatto dalla Commissione, i documenti inerenti l'aggiudicazione alla seconda classificata e tutti gli atti successivi alla stipulazione del contratto ed inerenti la sua esecuzione e tale richiesta, mediante adozione del gravato provvedimento, è stata accolta con riguardo al contratto ed è stata rigettata quanto alla restante documentazione.

Così delimitato l'oggetto del giudizio e ricostruita la vicenda su cui la controversia all'esame del Collegio si innesta, il ricorso, per le considerazioni che si andranno ad esporre, merita accoglimento.

Sotto un profilo sistematico di ordine generale, giova rammentare che, ai sensi dell'art. 22 della legge 7 agosto 1990 n. 241, è riconosciuto a "chiunque vi abbia interesse per la tutela di posizioni giuridicamente rilevanti" il diritto di accesso "ai documenti amministrativi", intendendosi per tali "ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni, formati dalle Pubbliche amministrazioni o, comunque, utilizzati ai fini dell'attività amministrativa".

La definizione di documenti amministrativi, contenuta nella citata norma, consente di disattendere l'affermazione della controinteressata F & PA Technologies S.a.s. volta ad escludere la possibilità di accesso al progetto esecutivo, alla cui esecuzione la stessa è tenuta in forza del contratto del 5 ottobre 2004, in quanto asseritamente non avente natura di atto amministrativo, ma di opera dell'ingegno di proprietà del suo autore.

Ed invero, contrariamente a tale assunto, tutti gli atti relativi ad una procedura di gara per l'aggiudicazione di un contratto di appalto con la Pubblica amministrazione - ivi compresi quelli relativi alla capacità tecnico economica, i verbali della Commissione giudicatrice, le offerte e i progetti e le relazioni tecniche ad esse allegati - costituiscono documenti amministrativi, ai sensi del citato art. 22 della legge 7 agosto 1990 n. 241, in quanto contenenti rappresentazione del contenuto di atti formati direttamente dall'Amministrazione appaltante o comunque utilizzati ai fini dell'attività amministrativa inerente alla scelta del contraente e possono, pertanto, in via astratta, formare oggetto del diritto di accesso, salvo determinarne le relative modalità e circoscriverne i limiti.

Ciò posto, la verifica della sussistenza dei presupposti legittimanti la richiesta di accesso impone, anche in virtù delle eccezioni sollevate dalla controinteressata F & PA Technologies S.a.s., la disamina della titolarità, in capo alla società ricorrente, di una posizione legittimante l'accesso connessa alla sussistenza in capo ad essa di un interesse qualificato per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti.

Come già illustrato precedentemente, l'interesse sotteso alla richiesta di accesso, come rappresentato dall'istante e riscontrabile documentalmente, è connesso alla esigenza di tutela della propria posizione nell'ambito del giudizio instaurato innanzi al giudice ordinario volto all'accertamento della insussistenza dei presupposti per la risoluzione per inadempimento del contratto stipulato con l'Amministrazione a seguito dell'aggiudicazione della gara.

Più specificamente, l'interesse alla esibizione dei documenti amministrativi di cui è questione, consiste nell'interesse qualificato della ricorrente a conoscere il contenuto degli atti del procedimento posto in essere dall'Amministrazione appaltante confluito nella stipulazione con un soggetto terzo di un contratto per l'esecuzione della fornitura oggetto della gara di cui è risultata inizialmente aggiudicatrice la ricorrente ed alla stessa sottratta per effetto della risoluzione del contratto per inadempimento, al fine di poter dimostrare, attraverso la conoscenza degli atti relativi all'affidamento alla F & PA Technologies S.a.s., la non realizzabilità tecnica dell'impianto secondo le specifiche tecniche previste dall'Amministrazione, in quanto asseritamente affette da vizi di progettazione dell'elaborato posto a base di gara, il che si presenta funzionale alla dimostrazione, in sede del giudizio pendente innanzi al giudice ordinario, della insussistenza dei presupposti per la disposta risoluzione del contratto per inadempimento.

A tale interesse, così enucleato, non può negarsi consistenza di interesse giuridicamente tutelabile, legittimante quindi il diritto di accesso alla richiesta documentazione la cui conoscenza è strettamente funzionale e strumentale alla tutela di situazioni soggettive compromesse, che rivestono giuridica rilevanza e che appaiono meritevoli di tutela.

Né la circostanza che la documentazione oggetto della richiesta di accesso sia inerente a diverso procedimento, di cui non è parte l'istante, può incidere sulla sussistenza e sulla qualificazione dell'interesse da riconoscersi in capo allo stesso, venendo in rilievo un'esigenza di conoscenza di atti inerenti lo svolgimento di una prestazione alla cui esecuzione era inizialmente legittimata la società ricorrente, in quanto aggiudicataria della relativa gara, e tale conoscenza - mediante la possibilità di dimostrare attraverso di essa la insussistenza dei presupposti dell'inadempimento stante la non realizzabilità tecnica dell'impianto - è direttamente strumentale e funzionale alla tutela della posizione soggettiva di cui è titolare parte ricorrente.

Non può pertanto condividersi quanto espresso, sul punto, dalla difesa della società controinteressata, la quale sostiene che l'esigenza di dimostrare l'illegittimità della risoluzione del contratto per inadempimento mediante prova dell'assenza dei relativi presupposti prescinderebbe dalla conoscenza della richiesta documentazione, ed in particolare, del progetto esecutivo redatto dalla controinteressata.

Ed invero, posto che la risoluzione per inadempimento del contratto inizialmente stipulato con la ricorrente trova la propria ragion d'essere nella mancata redazione da parte della stessa del progetto esecutivo, determinata, secondo quanto affermato dalla ricorrente, dalla asserita impossibilità di realizzazione tecnica dell'impianto secondo le specifiche tecniche previste dall'Amministrazione, in quanto affette da vizi di progettazione dell'elaborato posto a base di gara, è di tutta evidenza come la conoscenza della documentazione fatta oggetto della richiesta di accesso, ed in particolare del progetto esecutivo redatto dalla controinteressata, costituisce in astratto - e salva la relativa valenza concreta - elemento fondamentale al fine della dimostrazione della insussistenza dei presupposti per farsi luogo alla risoluzione per inadempimento del contratto mediante dimostrazione della impossibilità della sua esecuzione, anche da parte di diverso soggetto.

Rilevata, quindi, la sussistenza in capo all'istante di un interesse qualificato per la tutela di una posizione giuridicamente rilevante legittimante la richiesta di accesso, e definito in astratto l'ambito oggettivo del diritto di accesso, cui è riconducibile la documentazione richiesta dalla società ricorrente, occorre procedere alla verifica della sussistenza di eventuali limitazioni al diritto di accesso azionato

Procedendo alla disamina della questione mediante suo previo inquadramento sistematico, deve ricordarsi che ai sensi dell'art. 24 della legge n. 241 del 1990, il diritto di accesso è escluso per determinate categorie di documenti (oltre a quelli coperti da segreto di Stato o relativi ai procedimenti di cui alla legge 15 marzo 1991 n. 82 e dal D.Lgs. 29 marzo 1993 n. 119 ed in generale "nei casi di segreto o divieto di divulgazione altrimenti previsti dall'ordinamento"), da definire con appositi decreti, di natura regolamentare, intesi anche a disciplinare le modalità di accesso, in funzione della tutela di una serie di interessi pubblici e privati espressamente nominati, quali la sicurezza, la difesa nazionale e le relazioni internazionali (comma 2 lett. a)); la politica monetaria e valutaria (comma 2 lettera b)); l'ordine pubblico, la prevenzione e repressione della criminalità (comma 2 lettera c)); la riservatezza di terzi, persone, gruppi e imprese, con garanzia della visione degli atti necessari per la cura e difesa degli interessi giuridici del richiedente l'accesso (comma 2 lettera d)) e salvo il differimento dell'accesso se la conoscenza dei documenti possa "impedire o gravemente ostacolare lo svolgimento dell'azione amministrativa".

L'art. 8 del D.P.R. 27 giugno 1992 n. 352, in attuazione della previsione del citato art. 24 comma 1, dopo aver precisato che la sottrazione dei documenti all'accesso è consentita solo quando essi "siano suscettibili di recare un pregiudizio concreto agli interessi indicati nell'art. 24... (e solo) nell'ambito e nei limiti di tale connessione", ha dettato ulteriori disposizioni per l'emanazione dei decreti regolamentari, da parte delle singole Amministrazioni, relativi alla definizione delle modalità dell'accesso, all'esclusione dall'accesso e al temporaneo differimento di quest'ultimo.

Per quanto qui interessa, viene in esame la lettera d) del comma 5, che consente la sottrazione all'accesso "quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, di persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione degli stessi soggetti cui si riferiscono".

Epperò, secondo il tenore letterale della norma in esame, anche quando l'accesso sia escluso, a tutela dei suddetti interessi, esso è sempre consentito ai richiedenti, nella forma della "visione degli atti dei

procedimenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro interessi giuridici”.

Sempre sotto un profilo ricostruttivo di ordine sistematico, appare utile analizzare la tematica inerente i limiti del diritto di accesso con specifico riguardo all'accesso ai documenti inerenti le procedure concorsuali d'appalto, ivi comprese le relazioni e progetti tecnici, in ordine alla quale si sono formati due diversi orientamenti giurisprudenziali.

Secondo un primo orientamento, muovendo dal rilievo che la suddetta documentazione è resa necessariamente ostensibile ai fini della comparazione e del confronto delle offerte, si sostiene che essa è destinata per sua natura a considerarsi soggetta ai principi della trasparenza e della pubblicità, rispetto ai quali recede l'interesse alla riservatezza, onde l'accesso deve senz'altro ammettersi anche nella forma della estrazione di copia dopo l'espletamento della gara (T.A.R. Lazio - Roma - Sez. II - 20 giugno 2000 n. 5075, 10 luglio 1998 n. 1161; Sez. I - 14 maggio 1998 n. 1597; T.A.R. Puglia - Bari - Sez. I -- 10 febbraio 2001 n. 312; T.A.R. Lombardia - Brescia - 10 ottobre 1997 n. 887; 6 novembre 1992 n. 1198; T.A.R. Abruzzo, Pescara - 19 ottobre 1995 n. 456).

Secondo un altro orientamento, invece, proprio a tutela della riservatezza delle imprese partecipanti alla gara e dei loro interessi imprenditoriali, in funzione dei quali sono da individuare sicuramente come controinteressate rispetto alla richiesta d'accesso ed al ricorso ex art. 25, e tenuto conto che il progetto è prodotto di studi, scelte, esperienza professionale e capacità d'inventiva, che non possono essere resi pubblici, pena un sicuro pregiudizio economico dei titolari (Cons. Stato - Sez. VI - 19 febbraio 2002 n. 1002) si ritiene che non possa farsi luogo alla divulgazione del progetto (salvo che nella ristretta forma funzionale alla valutazione dei progetti da parte dell'organo chiamato al suo esame comparativo) ammettendo l'accesso nella sola forma della visione in funzione del presupposto della cura e difesa di un interesse giuridicamente rilevante del richiedente (Cons. Stato - Sez. VI - 19 febbraio 2002 n. 1002 citato; Sez. V - 5 maggio 1999 n. 518; T.A.R. Toscana - 15 gennaio 2001 n. 24; T.A.R. Veneto - 9 giugno 1998 n. 967; 1 luglio 1997 n. 1084; T.A.R. Campania - Napoli - Sez. I - 7 giugno 1996 n. 276).

Con riguardo alla specifico settore degli appalti di lavori pubblici, deve osservarsi che un limite esplicito e temporaneo all'accesso, in materia, è contenuto nella disposizione di cui all'art. 22 della legge 11 febbraio 1994 n. 109, a tenore del quale "Nell'ambito delle procedure di affidamento degli appalti o delle concessioni di cui alla presente legge è fatto tassativo divieto all'Amministrazione aggiudicatrice o ad altro Ente aggiudicatore o realizzatore, in deroga alla normativa vigente in materia di procedimento amministrativo, di comunicare a terzi, o di rendere in qualsiasi altro modo noto, l'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte nel caso di pubblici incanti, prima della scadenza del termine per la presentazione delle medesime; l'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse nei casi di licitazione privata, di appalto concorso o di gara informale che precede la trattativa privata, prima della comunicazione ufficiale da parte del soggetto appaltante o concedente dei candidati da invitare ovvero del soggetto individuato per l'affidamento a trattativa privata.

L'inosservanza del divieto di cui al citato articolo comporta per i pubblici ufficiali o per gli incaricati di pubblici servizi l'applicazione dell'art. 326 del Codice penale, e quindi la responsabilità per il delitto di rivelazione di segreti d'ufficio.

Tale disposizione, che regola un'ipotesi di temporaneo differimento dell'accesso, e non già di esclusione in senso proprio, è orientata non tanto alla tutela della sfera di riservatezza delle imprese partecipanti al pubblico incanto o aspiranti all'invito alla gara (ristretta o informale), bensì alla garanzia della correttezza e trasparenza dei comportamenti connessi alla presentazione delle offerte (o degli inviti alla gara).

Come posto bene in luce dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici nella determinazione n. 25/2000 del 22 maggio 2000, la ratio sottesa al differimento temporaneo dell'accesso alle informazioni relative alle imprese partecipanti all'incanto o interessate a partecipare alla gara (ristretta o informale) va individuata "nella necessità di salvaguardare l'effettività della libera concorrenza (nel senso che) la genuinità della concorrenza stessa potrebbe essere pregiudicata dalla conoscenza, prima della definizione della gara, dei nominativi dei partecipanti alla gara (che) potrebbe suggerire accordi tra i candidati intesi ad alterarne i risultati, ovvero consentire pressioni o minacce tra gli stessi al fine di limitarne la libertà di determinazione in ordine al contenuto delle offerte"; laddove, scaduto il termine di presentazione delle offerte, nel caso dei pubblici incanti, o comunque definito e comunicato l'elenco delle imprese da invitare, nel caso di procedure ristrette o gara informale, il segreto non trova più giustificazione in senso assoluto (per i pubblici incanti, una volta che presentate le offerte sono da escludere manovre intese a incidere sull'effettività del confronto concorrenziale) ed in senso relativo (per le procedure ristrette o le gare informali, nelle quali il Legislatore ha inteso accordare tutela attraverso l'accesso alle suddette informazioni, alle imprese pretermesse e non invitate).

In definitiva, il differimento dell'accesso, come disposto dall'art. 22 della legge n. 109 del 1994, mira ad evitare qualsiasi forma di agevolazione a condotte intese a turbare la regolarità e genuinità del confronto concorrenziale che, peraltro, ove poste in essere, assurgono ad illecito sanzionato penalmente dall'art. 353 Cod. pen. ed eventualmente, ove ne ricorrano i presupposti, dal successivo art. 354 Cod. pen.

Orbene, salvo il limite generale, che implica solo il mero differimento dell'accesso, posto dall'art. 22 della legge n. 109 del 1994 (e prescindendosi dalla sua problematica applicabilità analogica, in quanto norma espressamente derogatoria alle disposizioni di cui alla legge n. 241 del 1990, agli appalti di servizi e forniture), altri limiti speciali, particolarmente orientati, rispettivamente, alla esclusione dell'accesso e al suo differimento possono rinvenirsi nel decreto del Ministero dei lavori pubblici 14 marzo 2001 n. 292, recante il Regolamento per la disciplina delle categorie di documenti sottratti al diritto di accesso, in attuazione dell'art. 24, comma 4, della legge n. 241 del 1990.

Detto decreto ministeriale distingue tra documenti sottratti all'accesso e documenti ad accesso differito.

In particolare, l'art. 2 prevede, testualmente, che: "Ai sensi dell'art. 24 comma 2 lettera a) della legge 7 agosto 1990 n. 241, e dell'art. 8 comma 5 lettera a) del D.P.R. 27 giugno 1992 n. 353, ed in relazione all'esigenza di salvaguardare la sicurezza, la difesa nazionale e le relazioni internazionali, sono sottratti all'accesso i seguenti documenti, compresi quelli ad essi direttamente connessi, relativi alla progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva, nonché alla costruzione e collaudazione di: a) opere la cui realizzazione derivi ad accordi internazionali; b) opere la cui realizzazione deve essere accompagnata da particolari misure di sicurezza; c) opere classificate".

Giova rammentare che nelle suddette ipotesi l'esclusione dell'accesso (anche nella forma della sola visione, prevista solo per i documenti afferenti agli interessi enumerati dall'art. 24 comma 2 lettera d) della legge n. 241 del 1990, come ulteriormente precisati dall'art. 8 comma 5 lettera d) del D.P.R. n. 352 del 1992) trova giustificazione, anche sul piano del bilanciamento dei valori costituzionali, nell'assoluta preminenza degli interessi pubblici potenzialmente incisi dall'accesso (sicurezza, difesa nazionale e relazioni internazionali, anche in funzione della tutela della sovranità nazionale e della continuità e correttezza delle relazioni internazionali, anche a fonte pattizia).

Né può sfuggire che l'esclusione dall'accesso, nelle ipotesi considerate, appresta coeva tutela anche all'interesse delle imprese partecipanti alle gare quando, per il loro oggetto, assuma diretta valenza

pubblicistica la conservazione del segreto su progetti inerenti alle particolari categorie di opere contemplate nella disposizione (si pensi in particolare alle c.d. opere classificate).

D'altro canto, l'esclusione dell'accesso si accompagna, nella generalità dei casi considerati, anche all'enucleazione di disposizioni derogatorie alle discipline ordinarie delle procedure di evidenza pubblica (si pensi all'esclusione dell'applicabilità delle disposizioni della legge n. 109 del 1994 in materia di pubblicità e modalità di svolgimento delle gare, secondo le previsioni del regolamento d'attuazione, relative alle "opere destinate ad attività delle forze armate o dei corpi di polizia per la difesa della Nazione o per i compiti di istituto nei casi in cui sono richieste misure speciali di sicurezza e di segretezza... o quando lo esiga la protezione degli interessi essenziali dello Stato": art. 33 della legge n. 109 del 1994; o, altrimenti, all'esclusione dell'applicabilità delle disposizioni del D.Lgs. 24 luglio 1992 n. 358 per gli appalti di forniture "dichiarate segrete o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza... o quando lo esiga la protezione degli interessi essenziali dello Stato", oppure, per quelle "riguardanti il settore della difesa, la fabbricazione o il commercio di armi, munizioni e materiale bellico": art. 6 comma 1 lettere c) ed e) del D.Lgs. n. 352 del 1992; o, ancora, all'esclusione dell'applicazione delle disposizioni di cui al D.Lgs. 17 marzo 1995 n. 157 per gli appalti di servizi "nel settore della difesa" o "relativi a servizi dichiarati segreti o la cui prestazione debba sempre essere accompagnata... da misure di sicurezza ovvero quando lo esiga la tutela degli interessi essenziali della sicurezza dello Stato": art. 5 comma 2 lettere h) ed l) del D.Lgs. n. 157 del 1995).

Al contrario, l'art. 4 del D.L. 14 marzo 2001 n. 292, si limita a differire l'accesso "ai sottoelencati documenti sino a quando la conoscenza degli stessi possa impedire o gravemente ostacolare lo svolgimento dell'azione amministrativa: d) documenti relativi a procedure concorsuali per l'aggiudicazione di lavori e forniture di beni e servizi, nonché atti che possano pregiudicare la sfera di riservatezza dell'impresa o Ente in ordine ai propri interessi professionali, finanziari, industriali e commerciali".

E l'ultimo comma dell'art. 4 precisa, significativamente, che: "per una adeguata tutela degli interessi richiamati, l'accesso è consentito mediante estratto esclusivamente per notizie riguardanti la stessa impresa o ente richiedente, fino alla conclusione delle procedure di scelta del contraente".

In altri termini, le richiamate disposizioni regolamentari non escludono affatto l'accesso ai documenti di gara (intesi nell'accezione più lata e quindi comprensivi anche della documentazione tecnico economica, delle offerte e dei progetti o relazioni ad esse allegate), e nemmeno lo limitano alla sola forma della visione, ma si limitano al suo differimento sino alla conclusione delle procedure di gara e, nel relativo intervallo temporale, lo circoscrivono alle notizie, per estratto, riguardanti l'impresa o ente richiedente.

Orbene, a fronte di tale quadro normativo di riferimento, può profilarsi la scelta ermeneutica volta ad attribuire alle richiamate disposizioni valenza generale ed efficacia obbligatoria per tutte le Amministrazioni aggiudicatrici, anche diverse dall'Amministrazione dei lavori pubblici posto che, in difetto di specifiche disposizioni di segno contrario emanate in via regolamentare dalla singola Amministrazione aggiudicatrice, può senz'altro ammettersene l'applicazione in via di analogia legis, con la conseguenza di dover sempre consentire l'accesso alla documentazione inerente le gare pubbliche, fatti salvi i limiti temporali connessi al differimento dell'accesso, ove previsto.

Peraltro, il Collegio ritiene di dover optare per una diversa soluzione ermeneutica, che trae fondamento dalla normativa generale dettata in materia di accesso.

Ribadito come l'istituto dell'accesso trova applicazione nei confronti di ogni tipologia di attività della Pubblica amministrazione, come si evince dal testo e dalla ratio del sopra esaminato art. 22 della citata legge n. 241 del 1990, che ha disciplinato il diritto di accesso ai documenti amministrativi "al fine di

assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale", dando così attuazione all'art. 97 della Costituzione, deve rilevarsi che la disciplina generale sull'accesso consente caso per caso all'Amministrazione (e, nel caso di controversia, al giudice amministrativo) di valutare quale degli interessi in conflitto debba prevalere, anche in considerazione degli interessi pubblici e dei controinteressati, sulla base di criteri sufficientemente elastici, sanciti dalle leggi e dai regolamenti. E, proprio con particolare riferimento al bilanciamento tra il diritto di accesso degli interessati e il diritto alla riservatezza dei terzi, occorre sottolineare che esso non è stato riservato 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 difendere i propri interessi giuridici.

Ne discende che il generico diritto alla riservatezza dei terzi non costituisce un ostacolo invalicabile all'esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi, posto che l'interesse alla riservatezza, tutelato dalla normativa mediante una limitazione modale 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 - A.P. - 4 febbraio 1997 n. 5; Sez. IV - 24 marzo 1998 n. 498; Sez. V - 22 giugno 1998 n. 923).

Ed invero, proprio perché la tutela dei personali interessi giuridici costituisce la ragione per cui è possibile superare le esigenze di riservatezza della posizione di imprese controinteressate, vale la menzionata regola del bilanciamento degli interessi, per cui l'accesso è comunque assicurato ma soltanto nella mera forma della visione dell'atto, cioè con modalità di esercizio informativa.

Conforta tale conclusione l'interpretazione sistematica delle norme della citata legge n. 241 del 1990. Infatti, l'art. 24 della richiamata legge - 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".

Orbene, l'espressione "visione" non può che riferirsi all'esame degli atti, che deve essere comunque consentita, con esclusione della possibilità di estrazione di copia degli stessi.

Infatti, i limiti stabiliti dalla citata legge n. 241 del 1990 per l'esercizio del diritto di accesso devono intendersi nel senso di consentire comunque una delle due modalità di esercizio dell'accesso, non potendosi negare quantomeno la visione degli atti, che costituisce limitazione modale che consente in qualche modo il bilanciamento dei contrapposti interessi.

Altrimenti detto, le suddette disposizioni escludono il diritto di estrazione di copia di documenti allorché, come è dato riscontrare nella fattispecie in esame, la divulgazione degli stessi possa pregiudicare interessi industriali e commerciali di cui sono titolari altre imprese.

In tale ipotesi, al fine di consentire in qualche modo ai richiedenti l'accesso di tutelare le proprie situazioni giuridiche, è consentita unicamente la visione degli atti prodotti nell'ambito del procedimento amministrativo quando la loro conoscenza sia necessaria per la cura e la difesa degli interessi giuridicamente rilevanti, posto che in via generale, nel conflitto tra principio di riservatezza o pregiudizio eventuale del terzo ed esigenze di difesa di un diritto, deve consentirsi l'esercizio del diritto di accesso alla documentazione amministrativa, a garanzia delle dette esigenze di difesa, sia pure nella forma più attenuata della visione degli atti (C.S.I. - 8 febbraio 2002 n. 75; Cons. Stato - Sez. VI - 27 gennaio 1999 n. 65).

Né a limitare il diritto di accesso, nella forma della presa visione della documentazione richiesta, possono valere le disposizioni di cui alla legge 31 dicembre 1996 n. 675 dettate in materia di tutela del diritto alla riservatezza.

Infatti, ove anche si escluda la clausola generale di cui all'art. 43 comma 2, che tiene ferma, tra le altre, le "vigenti norme in materia di accesso ai documenti amministrativi", e precisato che, in funzione del loro contenuto, non può richiamarsi la più intensa tutela dettata per i c.d. dati sensibili di cui all'art. 22 (ovvero "i dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale"), deve evidenziarsi che l'art. 20 della legge ammette senz'altro la "comunicazione e diffusione" dei dati personali in relazione a "adempimento di un obbligo previsto dalla legge, da un regolamento o dalla normativa comunitaria" (comma 1 lettera e)) e quindi anche delle disposizioni di cui alla legge n. 241 del 1990, del D.P.R. n. 352 del 1992 e del D.M. n. 292 del 2001, nonché "se i dati sono relativi allo svolgimento di attività economiche, nel rispetto della vigente normativa in materia di segreto aziendale o industriale".

Va rimarcato, altresì, che ai sensi dell'art. 12 della legge (che va dunque letto in coordinamento con l'art. 20), non è richiesto il consenso dell'interessato se il trattamento dei dati riguarda, tra l'altro, "dati raccolti e detenuti in base ad un obbligo previsto dalla legge, da un regolamento o dalla normativa comunitaria" (comma 1 lettera a)) - e tali sono per certo i documenti, anche progettuali, acquisiti nell'ambito di una procedura di evidenza pubblica - nonché quando il trattamento "è necessario per l'esecuzione di obblighi derivanti da un contratto del quale è parte l'interessato o per l'acquisizione delle relative informative precontrattuali attivate su richiesta di quest'ultimo, ovvero per l'adempimento di un obbligo legale" (comma 1 lettera b)) - ed appare arduo negare che offerta, progetti e documentazione tecnico economica afferiscano ad informative precontrattuali, essendo orientate a fornire all'Amministrazione appaltante elementi conoscitivi o valutativi per la scelta del contraente nell'ambito della procedura di evidenza pubblica - ed infine se il trattamento "riguarda dati relativi allo svolgimento di attività economiche" (comma 1 lettera f)).

Né alcuna preclusione all'esercizio del diritto di accesso può essere rappresentato dalle disposizioni concernenti la tutela delle opere d'ingegno e dei brevetti.

Infatti, la tutela accordata dall'art. 99 della legge 22 aprile 1941 n. 633, come modificata dal D.Lgs. 29 dicembre 1992 n. 306 e poi dal D.Lgs. 6 maggio 1999 n. 169, "all'autore di progetti di lavori di ingegneria o di altri lavori analoghi, che costituiscano soluzioni originali di problemi tecnici", si risolve nel riconoscimento del diritto esclusivo di riproduzione economica dei piani e disegni e del diritto ad equo compenso qualora il progetto sia realizzato senza il suo consenso.

Più in generale deve osservarsi che l'eventuale utilizzazione illecita da parte del richiedente l'accesso degli elaborati progettuali di cui egli abbia estratto copia non può, logicamente prima ancora che giuridicamente, risolversi in una atipica ipotesi di esclusione dell'esercizio del diritto d'accesso, dando luogo al comportamento materiale successivo all'accesso soltanto all'esperimento, da parte dell'interessato, della tutela civile e penale prevista dalla legge n. 633 del 1941 (art. 156 e ss.), secondo quanto già efficacemente puntualizzato dalla giurisprudenza amministrativa (T.A.R. Lombardia - Brescia - 10 ottobre 1997 n. 887; 6 novembre 1992 n. 1198; T.A.R. Abruzzo - Pescara - 19 ottobre 1995 n. 456).

Alla luce delle osservazioni che precedono deve dunque disattendersi l'affermazione della controinteressata circa la prevalenza delle esigenze alla riservatezza dell'opera dell'ingegno costituita dal progetto esecutivo rispetto a quelle sottese alla richiesta di accesso, il quale - a fronte delle dichiarate esigenze di riservatezza - subisce esclusivamente una limitazione modale del suo esercizio, che va consentito nella sola forma della presa visione.

In conclusione, sulla base delle considerazioni sin qui illustrate, il ricorso va accolto, con conseguente annullamento del gravato provvedimento di rigetto dell'istanza avanzata da parte ricorrente volta ad ottenere l'accesso alla documentazione inerente la richiesta di formulazione di offerta alla concorrente seconda classificata F & PA Technologies di G. Garbarino & C. S.a.s. nella gara con procedura ristretta per la fornitura ed installazione di un impianto di demilitarizzazione di proietti residuati bellici a caricamento chimico muniti di spoletta completo di corso di addestramento e attività di primo avviamento, e la dichiarazione di disponibilità alla formulazione di offerta della seconda classificata nella predetta procedura negoziata, l'offerta formulata dalla seconda classificata, il verbale di accertamento della congruità dell'offerta redatto dalla Commissione Giudicatrice, i documenti inerenti l'aggiudicazione alla seconda classificata e tutti gli atti successivi alla stipulazione del contratto ed inerenti la sua esecuzione, ivi compreso il progetto per la realizzazione dell'impianto per la demilitarizzazione di proietti residuati bellici a caricamento chimico muniti di spoletta.

Va, inoltre, riconosciuto e dichiarato il diritto della ricorrente ad accedere alla predetta documentazione, con esclusione della possibilità di estrazione di copia del progetto esecutivo redatto dalla controinteressata F & PA Technologies S.a.s., nei cui riguardi l'accesso è consentito nella sola forma della presa visione.

Il regolamento delle spese processuali, liquidate come da dispositivo, segue le soccombenza tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

- Roma -Sezione Prima bis-

Pronunciando sul ricorso N. 2339/2005 R.G., come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il gravato provvedimento, riconoscendo in capo alla ricorrente il diritto di accesso alla documentazione indicata in motivazione nelle forme ivi previste.

Condanna al pagamento a favore della ricorrente delle spese di giudizio, che liquida in complessivi € 2.000 (duemila), ponendole a carico dell'Amministrazione della Difesa quanto a € 1.000 (mille) e a carico della controinteressata F & PA Technologies di G. Garbarino & C. S.a.s. quanto a € 1.000 (mille).

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 27 aprile 2005.

Dott. Elia ORCIUOLO - Presidente

Dott.ssa Elena STANIZZI - Relatore Estensore

N. 2339/2005 R.G.

TAR Lazio -Roma - Sez. I bis- ric. n. 2339/2005 r.g.