

REPUBBLICA ITALIANA

N. 3319/09 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 9213 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione,

ANNO 2008

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 9213/2008 del 24/11/2008, proposto dalla CAM S.R.L., rappresentata e difesa dagli avv.ti MASSIMO FRONTONI e RAFFAELE IZZO con domicilio eletto in Roma VIA DARDANELLI, 13 presso lo studio del primo;

contro

COMUNE DI ROMA rappresentato e difeso dall'avv. PIER LUDOVICO PATRIARCA con domicilio n Roma VIA DEL TEMPIO DI GIOVE, 21 presso AVVOCATURA COMUNALE DI ROMA;

e nei confronti di

COMM. DELEGATO ATTUAZ.INTERVENTI EMERGENZA TRAFFICO ROMA, non costituitosi;

COMUNE DI ROMA-UFF. EXTRADIPART. PARCHEGGI PUBBLICI, non costituitosi;

RESP. PROCEDIMENTO-UFF. EXTRADIP. PARCHEGGI PUBBLICI, non costituitosi;

CMB-SOC. COOP. MURATORI E BRACCIANTI CARPI IN P.E CAP. MAND. ATI, rappresentate e difese dall'avv. GIOVANNI PALLOTTINO con domicilio eletto in Roma VIA

OSLAVIA, 14 presso lo studio dello stesso;

ATI, non costituitasi;

ATI - CONSORZIO COOPERATIVE COSTRUZIONI, non costituitasi;

ATI - DICOS S.P.A., non costituitasi;

ATI – ISVEUR, rappresentata e difesa dall'avv. PASQUALE FRISINA con domicilio eletto in Roma, VIA GAETANO DONIZETTI, 7 presso lo studio dello stesso;

per la riforma

della sentenza del **TAR LAZIO - ROMA: Sezione I n. 6488/2008**, resa tra le parti, concernente ACCESSO AD ATTI RELATIVI A PROPOSTE PER REALIZZAZIONE NODO DI SCAMBIO MARCONI;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del COMUNE DI ROMA, CMB-SOC.COOP.MURATORI E BRACCIANTI CARPI IN P.E CAP.MAND.ATI e ATI – ISVEUR;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 20 Febbraio 2009 , relatore il Consigliere Cons. Nicola Russo ed uditi, altresì, gli avvocati R. Izzo, G. Pallottino e P. Frisina;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso dinanzi al TAR del Lazio, sede di Roma, ritualmente

notificato e depositato, la C.A.M. S.r.l. esponeva di aver impugnato in sede giurisdizionale gli atti inerenti la valutazione tecnica delle proposte presentate a fronte dell'avviso pubblico di *project financing* per la progettazione, attuazione e gestione del Nodo di Scambio Marconi.

Nel predetto mezzo di tutela, veniva altresì richiesto all'adito giudice amministrativo di ordinare il deposito in giudizio della documentazione amministrativa inerente la gara, con particolare riferimento alla proposta base ed alla proposta generale della controinteressata I.S.V.E.UR., completa di tutta la documentazione tecnica ed economica.

Nel sottolineare di avere, al riguardo, presentato formale istanza di accesso in data 2 – 8 febbraio 2008, contestava parte ricorrente il diniego a fronte dell'anzidetta richiesta esplicitato dall'Amministrazione comunale di Roma con nota del 3 marzo 2008, fondato sull'opposizione manifestata dalla suddetta parte controinteressata.

L'illegittimità di tale atto veniva dalla ricorrente argomentata sotto i profili della violazione degli artt. 22 e seguenti della legge 241/1990 e dell'art. 13 del D.Lgs. 163/2006, per violazione del fondamentale principio di trasparenza dell'azione amministrativa, nonché per eccesso di potere.

Venivano, in proposito, esposti noti principi in tema di garanzia del diritto di accesso alla documentazione amministrativa, segnatamente ove preordinato e funzionalizzato all'esercizio del

diritto di difesa di posizione giuridiche nella competente sede giudiziale, a fronte del quale la tutela della riservatezza si porrebbe in chiave necessariamente recessiva.

Né, in tale contesto, avrebbero valenza ostativa le previsioni dettate dall'art. 13 del D.Lgs. 163/2006.

Concludeva parte ricorrente insistendo per l'accoglimento del gravame, con conseguente annullamento dell'atto impugnato ed ordine all'intimata Amministrazione di deposito in giudizio della documentazione oggetto della richiesta di accesso rimasta insoddisfatta.

L'Amministrazione intimata, costituitasi in giudizio, eccepiva l'infondatezza delle esposte doglianze, invocando la reiezione dell'impugnativa.

Analoghe conclusioni vanivano rassegnate con memorie di replica e controdeduzioni dalla difesa dei controinteressati costituendi raggruppamenti C.M.B. ed I.S.V.E.UR., pure costituitisi in giudizio; in tali scritti difensivi sottolineandosi, sotto diversi aspetti, l'inammissibilità e, comunque, l'infondatezza del mezzo di tutela in esame.

Con sentenza n. 6488 del 9 luglio 2008 la Sezione I del TAR adito dichiarava il ricorso inammissibile, compensando le spese di lite tra le parti.

Osservava, innanzitutto il primo giudice che, secondo quanto era dato evincere dagli scritti difensivi delle parti, nonché dalla documentazione depositata in giudizio, la gara non si era ancora

conclusa, sottolineando che nell'ambito del giudizio "impugnatorio", parte ricorrente aveva censurato con l'atto introduttivo (depositato il 19 febbraio 2008) e con i successivi motivi aggiunti ed integrativi (depositati il 18 marzo 2008) la conclusione della fase di valutazione tecnica delle proposte, espressamente precisandosi che la determinazione ritenuta lesiva per la posizione giuridica (pretensiva) dalla ricorrente stessa vantata era integrata dalla disposta esclusione della proposta di C.A.M., giudicata non fattibile né idonea con atto dirigenziale n. 163 del 21 dicembre 2007.

Tanto precisato, i primi giudici hanno escluso che il mezzo di impugnativa proposto avverso il diniego opposto alla sollecitata conoscenza degli elaborati progettuali di I.S.V.E.UR. fosse ammissibile, attesa la rilevabile carenza, in capo alla ricorrente, della necessaria posizione legittimante.

Tale sentenza è stata impugnata dalla C.A.M. in quanto erronea ed ingiusta, sotto tre articolati ordini di motivi, attinenti alla violazione e falsa applicazione dell'art. 22 L. n. 241/1990 e all'insufficiente motivazione (1), all'interesse strumentale alla documentazione richiesta (2) e alla violazione degli artt. 22 e ss. L. n. 241/1990 e dell'art. 13 D.Lgs. n. 163/2006, nonché alla violazione del principio di trasparenza dell'azione amministrativa (3).

Resistono il Comune di Roma, nonché i controinteressati costituendi raggruppamenti C.M.B. ed I.S.V.E.UR., che chiedono

il rigetto dell'appello, in quanto infondato in fatto ed in diritto, con vittoria delle spese del grado.

Le parti costituite hanno depositato memorie illustrative. La causa è stata spedita in decisione alla camera di consiglio del 20 febbraio 2009.

DIRITTO

L'appello è infondato.

Come si è visto nella parte narrativa in fatto, la sentenza impugnata ha rigettato il ricorso avverso il diniego di accesso opposto dal Comune di Roma alla richiesta di visione ed estrazione di copia del progetto proposto dai raggruppamenti controinteressati nell'ambito della procedura di *project financing* poiché la proposta presentata dalla ricorrente C.A.M. nell'ambito della medesima procedura di selezione era stata esclusa in quanto ritenuta non ammissibile; perciò, ad avviso dei primi giudici, impregiudicata la legittimità di tale determinazione – avversata in sede giurisdizionale dinanzi allo stesso Tribunale – quanto alla posizione legittimante ai fini dell'azionato diritto di accesso, parte ricorrente, in un'ottica di necessaria strumentalità che ricongiunge l'esercizio di tale posizione giuridica ai fini di tutela della sottostante posizione sostanziale, non avrebbe titolo alla conoscenza di elementi documentali (quali gli elaborati progettuali delle ditte ammesse al prosieguo della procedura) che assumono carattere di insanabile estraneità rispetto alla determinazione (avente carattere attualmente pregiudizievole)

rappresentata dall'esclusione della stessa C.A.M.

In sostanza, secondo il TAR, poiché nella fattispecie, la situazione giuridica per la tutela della quale il diritto di accesso è stato esercitato è rappresentata (unicamente) dalla contestata legittimità della disposta esclusione, rimarrebbero prive di rilevanza, per la posizione giuridica al riguardo vantata dal ricorrente (e dal medesimo azionata mediante proposizione di impugnativa avverso la relativa determinazione dirigenziale), le successive vicende della procedura di *project financing*, dovendosi, conseguentemente, dare atto dell'attuale carenza di interesse alcuno in capo alla C.A.M. ai fini della conoscenza dei progetti presentati dalla controinteressata I.S.V.E.UR. ed ammessi al prosieguo della procedura.

Secondo i primi giudici, quindi, soltanto i soggetti utilmente ammessi alla ponderazione comparativa delle offerte (e non, quindi, quelli esclusi) si trovano destinatari di una posizione qualificata e differenziata, la quale, pur nella necessaria osservanza delle modalità temporali che assistono la conoscibilità degli atti (differimento ex art. 13 D.Lgs. 163/2006), consente ai medesimi l'esercizio del diritto di accesso relativamente alle proposte presentate dagli altri concorrenti, laddove il pregiudizio dai primi lamentati (e, conseguentemente, le esigenze di tutela che essi intendano far valere) trovi fondamento proprio nello svolgimento dell'attività di selezione e valutazione delle offerte.

A quanto correttamente osservato dai primi giudici nella sentenza

impugnata occorre, tuttavia, aggiungere, ad avviso del Collegio, qualche ulteriore notazione in ordine alla vexata quaestio della immediata accessibilità agli atti di una procedura di selezione del promotore ed in particolare a quelli costituenti la proposta dichiarata di pubblico interesse.

A tale riguardo occorre premettere che, come è stato efficacemente rilevato dalla giurisprudenza (C.d.S., sez. V, 25 gennaio 2005, n. 142) in tema di project financing, l'interesse a veder prescelto il proprio progetto di opera pubblica, e quindi di assumere la posizione del promotore nella relativa procedura, ancorché sia individuabile concettualmente come distinto dall'interesse alla concessione di eseguire l'opera stessa, contiene ed implica anche l'interesse all'aggiudicazione della concessione che, in definitiva, rappresenta il vero "bene della vita" cui tende il presentatore del progetto.

Si è in presenza, invero, di un procedimento contraddistinto da una indiscutibile unitarietà, logico – giuridica del tutto coerente e ragionevole con la stessa natura del *project financing*, quale tecnica finanziaria che consente la realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione e che si sostanzia in un'operazione economico – finanziaria idonea ad assicurare utili che consentono il rimborso del prestito e/o finanziamento e gestione proficua dell'attività (così C.d.S., sez. VI, 9 giugno 2005, n. 3043). Come di recente chiarito dalla giurisprudenza di questo Consiglio (cfr. C.d.S., sez. IV, 26

gennaio 2009, nn. 391 e 392), nella fase che si compie con la selezione del progetto da dichiarare di pubblico interesse, uno degli elementi di tale progetto (il piano economico – finanziario) è destinato a diventare l'elemento fondamentale per lo svolgimento della successiva gara ad evidenza pubblica, ed in particolare per la selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa; ad avviso di tale giurisprudenza, che la Sezione condivide, decisiva sarebbe la constatazione secondo cui un simile accesso consentirebbe, quanto meno al richiedente (cui non risulta interdotta la partecipazione alla fase di gara ad evidenza pubblica per la individuazione della offerta economicamente più vantaggiosa), di conoscere non solo i valori degli elementi necessari del piano economico – finanziario del progetto posto a base di gara per la determinazione dell'offerta, ma addirittura gli elementi costitutivi del piano economico – finanziario stesso (analisi dei prezzi, dei costi, le modalità di gestione dell'opera, l'eventuale ammortamento degli oneri finanziari, etc) del progetto posto a base di gara, alterando sicuramente la procedura ad evidenza pubblica e violando, in particolare, il principio della *par condicio* degli offerenti. Ciò in quanto tale specifica conoscenza (non prevista dalla legge) consentirebbe in tesi di avere, rispetto agli ordinari tempi della gara pubblica, un maggiore lasso di tempo per formulare eventualmente un'offerta migliorativa di quella ricavabile dal presentato piano economico – finanziario. E ciò senza contare

che, in tal modo, la *par condicio* sarebbe sicuramente alterata nei confronti dello stesso promotore, la cui offerta – sostanzialmente contenuta nel predetto piano economico finanziario – non è modificabile se non *in pejus* (a favore cioè della sola amministrazione).

Alla stregua delle osservazioni svolte l'appello deve essere respinto.

Le spese del presente grado di giudizio seguono la regola della soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello di cui in epigrafe, lo respinge.

Condanna l'appellante alla refusione delle spese, competenze ed onorari di causa che liquida complessivamente in euro 3.000,00, pari ad euro 1.000,00 per parte costituita, al netto di I.V.A. e C.P.A.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 20 Febbraio 2009 con l'intervento dei Sigg.ri:

Domenico La Medica	Presidente
G.Paolo Cirillo	Consigliere
Marzio Branca	Consigliere
Aniello Cerreto	Consigliere

Nicola Russo

Consigliere est.

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to Nicola Russo

f.to Domenico La Medica

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 28/05/09

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

IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi