

Pubblicato il 13/06/2018

N. 06614/2018 REG.PROV.COLL.

N. 11172/2017 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 11172 del 2017, proposto da:
Prima Porta 80 S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Arrigo Varlaro Sinisi, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Sebino 29;

contro

Regione Lazio, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso avv. Chieppa, domiciliata in Roma, via Marcantonio Colonna, 27;

nei confronti

Garc S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Simone Uliana, con domicilio eletto presso lo studio Marco Gardin in Roma, via Laura Mantegazza, 24;
Seipa S.r.l. non costituito in giudizio;

per l'annullamento

della nota prot. n. 0517459 del 13 ottobre 2017 con la quale la Regione Lazio ha negato alla ricorrente l'accesso agli atti e,

per l'accertamento del diritto ad accedere ai documenti richiesti

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Lazio e di Garc S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 febbraio 2018 il dott. Fabio Mattei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con atto (n. 2017/11132) PRIMA PORTA 80 s.r.l. ha adito questo Tribunale per l'annullamento della nota della Regione Lazio delle 13 ottobre 2017 con la quale è stato negato l'esercizio del diritto di accesso agli atti dalla medesima richiesti, delle precedenti note regionali del 30 agosto 2017 e del 26 settembre 2017, nonché per l'accertamento del suo diritto a prendere visione e ad estrarre copia della documentazione e di tutti gli atti oggetto di sua richiesta.

Premette che la Regione Lazio con bando pubblicato in data 19 luglio 2017 ha indetto una gara pubblica di importo base di euro 9.950.000,00 con il criterio di aggiudicazione del minor prezzo, in deroga all'articolo 95 del decreto legislativo n. 50 del 2016, per l'affidamento del servizio di separazione dei rifiuti, caricamento, trasporto, recupero e smaltimento delle macerie nei comuni di Accumuli ed Amatrice interessati dei recenti eventi sismici, ai sensi delle disposizioni di cui all'articolo 5 dell'ordinanza del Dipartimento della Protezione civile del 10 ottobre 2016, con suddivisione in quattro lotti della gara de qua (Amatrice centro storico; Accumuli centro storico; Frazioni di Amatrice; Frazioni di Accumuli).

Riferisce di aver presentato istanza di partecipazione alla procedura selettiva e di aver presentato offerte per i quattro i succitati lotti per i quali, all'esito dell'apertura delle buste contenenti le offerte economiche, i partecipanti sono risultati collocati nel seguente ordine di graduatoria.

Quanto al lotto n. 1:

1. GARC S.p.A.: ribasso offerto 74,69% (anomala);
2. PRIMA PORTA 80 S.r.l.: ribasso offerto 67,00% (non anomala);
3. R.T.I. tra SEIPA S.r.l. – HTR BONIFICHE S.r.l.: ribasso offerto 65,63%;

quanto al Lotto 2

1. R.T.I. tra SEIPA S.r.l. – HTR BONIFICHE S.r.l.: ribasso offerto 73,89% (anomala);
2. GARC S.p.A.: ribasso offerto 71,69% (anomala);
3. PRIMA PORTA 80 S.r.l.: ribasso offerto 65,00% (anomala);

quanto al Lotto 3

1. R.T.I. tra SEIPA S.r.l. – HTR BONIFICHE S.r.l.: ribasso offerto 71,91% (anomala);
2. GARC S.p.A.: ribasso offerto 68,69% (anomala);
3. PRIMA PORTA 80 S.r.l.: ribasso offerto 62% (anomala);

quanto al Lotto 4

1. GARC S.p.A.: ribasso offerto 68,69% (anomala);
2. PRIMA PORTA 80 S.r.l.: ribasso offerto 62,00% (anomala);
3. R.T.I. tra SEIPA S.r.l. – HTR BONIFICHE S.r.l.: ribasso offerto 61,23% (anomala).

Espone che il responsabile del procedimento ha richiesto giustificativi alle partecipanti le cui offerte sono state sospettate di anomalia, al fine di definirne la congruità la quale è stata assentita nei confronti di tutte le partecipanti.

Afferma di aver presentato in data 11 agosto 2017 istanza di accesso agli atti di gara presentati dalle società GARC s.p.a. (prima classificata nei lotti 1 e 4), dalla SEIPA s.r.l. e della predetta GARC (rispettivamente prima e seconda classificata nei lotti 2 e 3), motivata dall'esigenza di verificare la congruità delle offerte, e che

su tale istanza la Regione Lazio ha dichiarato differibile l'esercizio del diritto di accesso all'atto dell'aggiudicazione definitiva.

Precisa di aver rappresentato in data 31 agosto 2017 alla Regione Lazio il venir meno della distinzione tra aggiudicazione provvisoria definitiva a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti e di essere stata ammessa all'accesso degli atti richiesti in data 25 settembre 2017, ad eccezione dei giustificativi prodotti, in merito all'anomalia delle offerte, dalle due società aggiudicatrici.

Espone che in data 13 ottobre 2017 la Regione Lazio, anche in ragione delle opposizioni pervenute dalle controinteressate ha negato l'accesso ex lege n. 241/1990 concernente, quanto alla documentazione prodotta dalla GARC s.p.a. :l' Allegato B "Spese generali" Lotto 1 e 4; le analisi giustificative Lotto 1 e 4; l'elenco dei servizi principali svolti da GARC S.p.A., l' allegato al D.G.U.E. - Parte IV, lett. B "Capacità Tecniche e Professionali", contenuto nella "Busta amministrativa"; l'ordine fornitori Lotto 1 e 4; quanto alla documentazione prodotta dal costituendo/costituito R.T.I. SEIPA S.r.l. – HTR BONIFICHE S.r.l.:tutti i giustificativi presentati dalla Società per la verifica delle anomalie.

Ritenendo tale diniego pregiudizievole all'esercizio del suo diritto di difesa, la Società ricorrente ha dedotto le seguenti censure:

a) Violazione degli artt. 1, 3, 22, 24, comma 7 e 25 della l. n. 241/1990. Violazione dell'art. 53 del D. Lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii.. Violazione degli artt. 3, 24, 97 e 113 della Costituzione. Violazione dei principi di trasparenza, ragionevolezza, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per manifesta contraddittorietà, difetto d'istruttoria e travisamento dei fatti.

Premessa la sussistenza di un interesse diretto, concreto ed attuale alla conoscenza degli atti di gara, asserisce la imprescindibile necessità di acquisire i giustificativi

delle offerte presentate dalle aggiudicatarie al fine di intraprendere un'azione a tutela dei propri interessi giuridici di partecipante alla procedura selettiva anzidetta. Ritiene, nel caso in esame, insussistenti le ragioni sottese al diniego non potendosi configurare le informazioni contenute negli atti e nella documentazione oggetto dell'istanza di accesso quale "segreto commerciale" secondo la definizione di cui al decreto legislativo n. 30/2005 "Codice della proprietà industriale), ovvero meritevoli di tutela, con ciò riferendosi sia "all'allegato B – spese generali" insuscettibili di rivelare il Know how industriale di un operatore economico, sia "all'elenco dei servizi principali svolti da GARC s.p.a. – allegato al D.G.U.E. – parte IV, lett. b) – capacità tecniche e professionali", sia alle analisi giustificative ed all'ordine dei fornitori, essendo, in particolare, le prime insuscettibili di pregiudicare gli interessi aziendali, e le seconde contenenti segreti industriali, fermo restando in ogni caso il potere dell'amministrazione di stralciare dati asseritamente sensibili o caratterizzati da segretezza e riservatezza.

Medesime considerazioni la ricorrente svolge in ordine al diniego opposto riguardante gli atti e la documentazione dell'altra aggiudicataria.

Si è costituita in giudizio la Regione Lazio la quale con articolata memoria difensiva chiede il rigetto del ricorso rilevando, in primo luogo, la genericità delle istanze di accesso presentate dalla ricorrente.

Si è costituita in giudizio la Garc s.p.a. la quale in via preliminare eccepisce l'inammissibilità del ricorso per difetto d'interesse, non avendo la ricorrente provveduto ad impugnare entro i prescritti termini decadenziali né l'ammissione alla gara della medesima controinteressata, né l'aggiudicazione definitiva dei lotti nn. 1 e 4, disposta con determinazione regionale del 10 agosto 2017 trasmessa a tutti i partecipanti con nota in pari data, nè avendo proposto, altresì, azione autonoma di condanna ex art. 30 c.p.a. .

Nel merito, chiede il rigetto del ricorso, per infondatezza della pretesa.

Il Collegio ritiene doversi pronunciare, in via pregiudiziale, sull'eccezione di inammissibilità che non può considerarsi suscettibile di positiva definizione, posto che dirimente rilievo assume la circostanza che la ricorrente ha formulato istanza di accesso agli atti della gara, cui ha partecipato, in ragione della posizione di seconda classificata assunta nelle graduatorie dei lotti 1 e 4, ricoprendo, così, una posizione di interesse evidentemente funzionale a conoscere gli atti di gara.

Difatti, la ricorrente, partecipante alla procedura selettiva innanzi richiamata, collocatasi al secondo posto della graduatoria relativa ai lotti di gara n. 1 e 4 ha inoltrato istanza di accesso agli atti al fine di *“acquisire la documentazione amministrativa prodotta dalla Società GARC s.p.a., nonché tutti gli atti di gara della procedura...con particolare riferimento a quelli relativi al procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta della Società GARC s.p.a.”*.

Su tale istanza si è espressa la Regione Lazio con nota del 30 agosto 2017 la quale, richiamando l'art. 53 (Accesso agli atti e riservatezza) del decreto n. 50/2016 ha inteso, in un primo momento, differire l'accesso agli atti *“fino all'aggiudicazione definitiva”*.

Con nota del 31 agosto 2017 la Società ricorrente, richiamando la disciplina normativa di cui al decreto legislativo n. 50/2016, ha evidenziato alla Regione l'illegittimità del diniego opposto sulla sua istanza, rinnovando la sua richiesta con particolare riguardo agli atti concernenti le giustificazioni presentate sia dalla GARC s.p.a. risultata prima nelle graduatorie dei lotti di gara d'interesse nn. 1 e 4, sia dal R.T.I. Seipa s.r.l. – HTR Bonifiche.

Con nota del 18 settembre 2017, depositata in atti, la Regione Lazio ha dichiarato di assentire l'accesso agli atti all'uopo stabilendo la data del 25 settembre 2017, ore 11,00.

Dal verbale di accesso agli atti è dato rilevare che alla Prima Porta 80 s.r.l. sono state rilasciate copie dei verbali di gara delle sedute dell'1.8.2017 I Parte e del

7.8.2017 II ed ultima Parte *“contenente la valutazione delle offerte anomale a seguito di comprova di bonifico ricevuta”*, ma non anche i giustificativi presentati dalle predette controinteressate in relazione ai quattro lotti di gara per i quali il responsabile del procedimento ha ritenuto di differire l'accesso dopo all'acquisizione delle controdeduzioni delle controinteressate.

Con nota del 13 ottobre 2017, in epigrafe indicata, la Regione Lazio, acquisito l'avviso delle controinteressate, ha assentito l'accesso avente ad oggetto la documentazione relativa ai lotti nn. 1 e 4, ivi specificamente indicata, ad eccezione dell'ostensione integrale, quanto alla Garc s.p.a., dei giustificativi di prezzo (all. B spese generali lotto 1 e 4; analisi giustificative lotto 1 e 4, Capacità tecnico professionali Lotto 1 e 4; Ordine forn. Lotto 1 e 4) in quanto da quest'ultima ritenuti, in un mercato ristretto quale quello oggetto della gara, *“segreti commerciali ed industriali meritevoli di tutela (quali espressione dei superiori valori della concorrenza e del mercato) e come tali idonei, qualora divulgati (soprattutto ad un competitor presente nel mercato di riferimento) ad arrecare un gravissimo vulnus alle strategie commerciali della scrivente società”*.

Analoghe considerazioni, concernenti il R.T.I. Seipa s.r.l. – HTR Bonifiche sono state opposte alla ricorrente in merito alla ostensione dei giustificativi presentati in sede di verifica di anomalia delle offerte, tenuto conto delle controdeduzioni svolte dal raggruppamento riguardo alla violazione dei principi di riservatezza e privacy in caso di consegna della documentazione richiesta in quanto *“contraria alla tutela sulla leale concorrenza essendo azienda che esercita attività simili e nella stessa area territoriale”* ed essendo nella documentazione richiesta ricomprese informazioni *“commerciali tra le nostre aziende e i nostri fornitori, dati sensibili e riservati costituenti il know how aziendale”* suscettibili, ove conosciute, di favorire l'odierna istante in future gare.

Occorre rammentare, al fine del decidere, che la disciplina generale contenuta negli artt. 22 e ss. della legge n. 241 del 1990 prevede che *“l'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale*

dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza", disponendo, altresì, che "tutti i documenti amministrativi sono accessibili....." ad eccezione di quelli indicati all'articolo 24, commi 1, 2, 3, 5 e 6 tra cui, in particolare, di quelli di cui alla lettera d) del comma 6, a norma del quale, il diritto d'accesso può essere escluso "quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, 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 dagli stessi soggetti cui si riferiscono".

In relazione a tale ultimo profilo, giova evidenziare che già nella vigenza del decreto legislativo 163/2006 erano previste, ex art. 13, alcune specifiche limitazioni all'esercizio del diritto di accesso a fronte di istanze relative: *"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;

c) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;

d) alle relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto", pur prevedendosi, in relazione all'ipotesi di cui alle lettere a) e b), l'esercizio del diritto di 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" (art. 13, comma 6).

Nella disciplina vigente il riferito regime di limitazioni ha trovato conferma nelle disposizioni contenute nell'art. 53, commi 5 e 6 del decreto legislativo n. 50/2016 secondo cui *"Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati 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 nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali;

b) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;

c) alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto;

d) alle soluzioni tecniche e ai programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale.

6. In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a), e' consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto”.

Dal quadro normativo ora riferito è dato, dunque, rilevare come, in termini più generali (art. 24 l. n. 241/1990), l'esigenza di riservatezza delle imprese, in relazione all'interesse commerciale o industriale, sia idonea a giustificare esclusioni o limitazioni del diritto d'accesso, nei casi in cui la medesima esigenza risulti apprezzabile, lecita e meritevole di tutela in quanto collegata a potenziali pregiudizi derivanti dalla divulgazione di tali dati, trovando una ulteriore e più calibrata conferma nella disciplina, ex art. 53 del decreto legislativo n. 50/2016 mediante una espressa eccezione all'ostensione degli atti per *"le informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali"*.

Appare, dunque, evidente come il quadro normativo di riferimento imponga in linea generale ex lege n. 241 del 1990, la ricerca di un punto di equilibrio tra diritto

di accesso e tutela della riservatezza, introducendo riguardo ad informazioni relative a segreti tecnici e commerciali presenti nell'offerta o, come nel caso di specie, nelle giustificazioni poste a corredo dell'offerta medesima, una peculiare disciplina di cui al succitato art. 53.

Tale disposizione, con tratti di specialità rispetto alla disciplina generale, per la quale l'accesso può essere esercitato dalla parte interessata a prescindere dalla pendenza o dalla proponibilità di un rimedio giurisdizionale, prescrive, invece, proprio in materia di contratti pubblici, una forma di accesso delineata nel comma 5 dell'art. 53 azionabile anche nelle ipotesi di cui alla lett. a) del medesimo comma *"ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto"*. (Consiglio di Stato, sez. IV, 28 luglio 2016, n. 3431).

Da ciò consegue che nei casi in cui l'istanza di accesso riguardi anche *"informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali"*, la prevalenza del diritto a conoscere tali atti ed informazioni emerge limitatamente ai casi in cui l'istante ricorra avverso gli atti della procedura di gara o per conseguire il risarcimento dei danni, anche in via autonoma" (Consiglio di Stato, sentenza n. 3431/2016.).

In sostanza, in ragione di un contrapposto diritto alla riservatezza avente ad oggetto segreti tecnici o commerciali, il diritto di accesso ottiene riconoscimento limitatamente a quegli atti o documenti di gara la cui ostensione risulti necessaria per curare o per difendere gli interessi giuridici dell'istante.

Orbene, anche con riferimento alla fattispecie de qua, deve osservarsi che non può essere assentito l'esercizio del diritto di accesso nei casi in cui il partecipante alla gara abbia dichiarato la sussistenza di esigenze di tutela del segreto tecnico o commerciale e il richiedente non abbia dimostrato la concreta necessità di utilizzare tale documentazione in uno specifico giudizio."

Per quanto premesso, con riguardo alla fattispecie in esame, occorre rilevare che le imprese odierne controinteressate hanno opposto alla istanza di ostensione degli atti ragioni di tutela commerciale ed industriale essendo nella documentazione richiesta ricomprese informazioni concernenti i rapporti con taluni specifici fornitori, dati sensibili e riservati costituenti il know how aziendale” suscettibili, ove conosciuti, di favorire l’odierna istante in future gare ed arrecare un gravissimo vulnus alle strategie commerciali delle società destinatarie dell’accesso.

In tale prospettiva, decisivo rilievo assume, nel caso di specie, a fronte di tali motivazioni ostative all’esercizio del diritto di accesso, la previsione di cui all’art. 53, comma 5 che consente l’accesso, finanche ove involga atti di gara contenenti segreti tecnici o commerciali, nei soli casi in cui ciò risulti strumentale alla difesa in giudizio degli interessi dell’istante in relazione alla procedura di affidamento del contratto, alla luce del dato, rilevabile per tabulas, per cui alcuna impugnativa risulta esser stata proposta avverso la determinazione regionale di aggiudicazione dei lotti di gara del 10 agosto 2017 prot. n. G111528, recante approvazione dei verbali di gara e di conferma delle graduatorie dei lotti della procedura de qua, che è, ictu oculi, atto immediatamente lesivo della posizione giuridica soggettiva della ricorrente, nonostante fosse stato quest’ultima conosciuto (cfr. nota del 10 agosto 2017) ma non tempestivamente gravato, dovendosi ai fini della decorrenza del termine d’impugnazione del provvedimento di aggiudicazione di un pubblico appalto, ritenersi sufficiente la legale conoscenza del provvedimento acquisita dall’impresa.

Difatti, al riguardo, deve osservarsi come dalla data di comunicazione dell’aggiudicazione, contenente tutti gli elementi necessari per percepirne la lesività da parte dei concorrenti non vincitori - quali l’assegnazione della gara all’aggiudicataria, il nominativo della medesima, i punteggi, complessivo e parziale, assegnati, nonché l’indicazione del nominativo della concorrente seconda

classificata - debba essere computata la decorrenza del termine impugnatorio, in presenza di un modello informativo dal contenuto tipico sintetico e minimale rappresentativo di elementi idonei a captare la potenzialità lesiva, in una logica di bilanciamento tra esigenze di tutela giurisdizionale - la cui effettività e pienezza viene comunque salvaguardata dalla possibilità di proporre motivi aggiunti di impugnazione su aspetti eventualmente acquisiti in epoca successiva - e di stabilità dei provvedimenti amministrativi, istanza particolarmente sentita nel settore dei contratti pubblici, non potendo la certezza e la continuità dell'azione amministrativa dipendere dall'ostensione di tutti gli atti procedimentali, tra l'altro dipendente da un'iniziativa di parte, costituita dalla domanda di accesso agli atti avanzata dal singolo concorrente (ex multis TAR Campania, Napoli Sez. I. n. 1335/2018).

Pertanto, per le considerazioni che precedono, il ricorso deve essere respinto, con compensazione, fra le parti in causa, delle spese e degli onorari di giudizio, tenuto conto della specificità delle questioni oggetto di controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.
Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Mezzacapo, Presidente

Anna Bottiglieri, Consigliere

Fabio Mattei, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Fabio Mattei

Salvatore Mezzacapo

IL SEGRETARIO