

Publicato il 05/06/2017

N. 00034/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00013/2017 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle D'Aosta

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 13 del 2017, proposto da:

Noi e Gli Altri Soc Coop Soc, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Eugenio Dalli Cardillo, Domenico Palmas, con domicilio eletto presso lo studio Domenico Palmas in Aosta, piazza Narbonne 16;

contro

In.Va Spa e Comune di Aosta, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi dagli avvocati Gianni Maria Saracco, Laura Formentin, Lorenzo Sommo, Maria Antonietta Damato, con domicilio eletto presso lo studio Lorenzo Sommo in Aosta, via Challand N. 30;

nei confronti di

Vivenda S.p.A., La Cascina Global Service S.r.l., Leone Rosso Soc Coop Soc., V.I.T.A. S.p.A. non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- della nota prot. n. 1356/2017 datata 06.02.2017 del Responsabile della procedura di gara, trasmessa alla ricorrente via pec in pari data (doc. 1), con la quale la IN.VA. S.p.a. – Centrale Unica di Committenza per la Regione Autonoma Valle D'Aosta (in seguito solo CUC) ha negato l'accesso all'offerta tecnica presentata dalla Soc. Vivenda S.p.a. quale capogruppo mandataria del costituito o costituendo RTI alla notifica del presente ricorso con le imprese mandanti La Cascina Global Service srl, Leone Rosso Coop. Soc. e V.i.t.a. Spa, (ad eccezione della pag. 50 “Migliorie inerenti ai servizi ludico educativi rivolti ai minori”), in considerazione del “diniego del RTI costituendo VIVENDA SPA – CASCINA GLOBAL SERVICE SRL, LEONE ROSSO, VITA SPA, espresso in sede di presentazione dell'offerta, all'accesso da parte di terzi ad alcune parti del progetto tecnico prodotto”, nonché, per quanto a conoscenza relativamente alla documentazione amministrativa, all'Allegato B1 della domanda di partecipazione dell'aggiudicataria (che costituisce la motivazione per relationem del diniego di accesso), nonché alle dichiarazioni dei subappaltatori indicati dall'aggiudicataria, attestanti l'assenza di cause di esclusione ai sensi dell'art. 80 D. Lgs. n. 50/2016;
- di tutti gli atti comunque connessi, presupposti o conseguenti, anche non conosciuti

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di In.Va Spa e di Comune di Aosta;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 maggio 2017 il dott. Carlo Buonauro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il gravame in epigrafe parte ricorrente ha proposto domanda ex art. 116 c.p.a. per conseguire la declaratoria dell'obbligo della IN.VA. S.p.a. – Centrale Unica di Committenza per la Regione Autonoma Valle D'Aosta - di consentirle di prendere visione ed estrarre copia della documentazione di cui all'istanza di accesso in epigrafe indicata, con la quale chiedeva il rilascio di copia di tutta l'offerta tecnica presentata dall'ATI Vivenda, ad eccezione della pag. 50 già rilasciata (relativa a “Migliorie inerenti ai servizi ludico educativi rivolti ai minori”), nonché l'accesso all'Allegato B1 della domanda di partecipazione dell'ATI Vivenda ed alle dichiarazioni dei subappaltatori Astrea Srl, CVS Srl e RE.L Service Impresa individuale attestanti l'assenza di cause di esclusione ai sensi dell'art. 80 D. Lgs. n. 50/2016. Deduceva la violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 24, comma 7 della l. 241/1990 e 53, commi 1 e 2 del d.lgs. 50/2016, nonché eccesso di potere sotto diversi profili, ritenendo che la tutela del segreto commerciale receda a fronte della presentazione di istanza di accesso, in quanto il diritto di accesso preordinato, come nel caso di specie, alla tutela giudiziale degli interessi del richiedente rispetto agli esiti della procedura di gara.

Si costituiva l'IN.VA rappresentando che solo in data 16 febbraio 2017, trentesimo giorno dalla comunicazione del provvedimento di

aggiudicazione, Noi e gli altri notificava ricorso avverso il diniego di accesso agli atti amministrativi, richiedendo l'annullamento della nota n. 1356/2017 e l'accesso alla documentazione non comunicata e che il ricorso veniva iscritto a ruolo il successivo 28.02.2017, ossia una volta inutilmente decorso il termine utile per intraprendere azioni giurisdizionali volte alla contestazione dell'esito della procedura di gara avanti il TAR competente.

Concludeva nel senso dell'improcedibilità del ricorso per carenza di interesse, in ragione della giuridica impossibilità di curare i propri interessi rispetto agli ormai acquisiti esiti della procedura di gara; ed in ogni caso per il rigetto dello stesso perché infondato.

Si costituiva anche il Comune di Aosta contestando in fatto e diritto quanto dedotto nel ricorso, eccepandone l'irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità ed infondatezza.

Alla camera di consiglio del 9 maggio 2017 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato e va accolto per le ragioni che seguono.

Va premesso che l'IN.VA. bandiva, per conto del Comune di Aosta, procedura telematica aperta per la gestione dei servizi integrati nelle strutture scolastiche comunali, cui partecipavano il raggruppamento Vivenda, odierno controinteressato, e il raggruppamento Noi e gli Altri, odierno ricorrente, che conseguivano rispettivamente il punteggio complessivo di 93,82 e 92,22. Con determinazione n. 470 del 16 gennaio 2017, comunicata il giorno successivo, la IN.VA. disponeva l'aggiudicazione in favore di Vivenda. Entrambi i concorrenti, nella propria documentazione amministrativa, allegavano apposita dichiarazione predisposta dalla IN.VA. (e di

compilazione facoltativa) in cui individuavano preventivamente quella parte della documentazione tecnica presentata contenente segreti tecnico-commerciali per cui si richiedeva di negare l'ostensione in caso di istanza di accesso eventualmente proposta dai controinteressati

Con istanza di accesso in data 23 gennaio 2017, l'odierna ricorrente domandava di poter prendere visione ed estrarre copia di una serie di atti e documenti attinenti alla procedura aperta, ed in particolare della totalità degli atti presentati dal raggruppamento Vivenda, ivi compresa "tutta la documentazione dell'offerta tecnica".

L'istanza veniva motivata "dalla necessità di poter verificare la correttezza dello svolgimento delle operazioni di gara, nonché la completezza e correttezza formale della documentazione presentata da" Vivenda, e, richiamati gli articoli di legge di riferimento, alla necessità di disporre della suddetta documentazione ai fini della tutela in giudizio del raggruppamento.

In data 6 febbraio 2017, con nota prot. n. 1356/2017, IN.VA. s.p.a., in considerazione del diniego all'accesso già formalizzato in atti da Vivenda, accoglieva solo parzialmente l'istanza di accesso, consegnando copia – per quanto di interesse – della documentazione amministrativa, della documentazione economica e di quella parte dell'offerta tecnica per la quale Vivenda non aveva segnalato esigenze di riservatezza.

Sul piano normativo appare opportuno evidenziare che il D. Lgs. n. 50/2016 ha inteso introdurre, all'art. 53, una regolamentazione del diritto di accesso specificamente riferita alle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, tendenzialmente in linea con la previsione del previgente art. 13 del D. Lgs. 163 del

2006 e comunque volta a recepire le specifiche indicazioni del legislatore comunitario in materia (articolo 21 Riservatezza DIR 24/2014; articolo 39 Riservatezza DIR 25/2014); articolo 28 Riservatezza DIR 23/2014).

Il raccordo tra i due corpi normativi è realizzato per effetto dell'esplicito rinvio operato dall'art. 53 del nuovo Codice alla disciplina propria della L. 241/90 a conferma della coesistenza di due distinte normative per la regolamentazione dell'accesso agli atti di gara e ribadendo, in tal modo, la necessità di individuare le esatte modalità di coordinamento fra le disposizioni delle due leggi.

Quanto al sistema speciale delineato dal citato art. 53, così può riassumersi e schematizzarsi il quadro normativo di riferimento:

a) il comma 2, lett. da a) a d) ed il comma 3 riguardano il differimento dell'accesso per distinte tipologie di atti, con indicazione del termine del differimento stesso. Si tratta di istituto previsto anche dall'art. 24, comma 4, della L. n. 241 del 1990 e regolamentato più direttamente dagli artt. 10, comma 2, e 9, comma 2, del D.P.R. n. 184 del 2006, recante la disciplina regolamentare del diritto di accesso ai documenti amministrativi.

b) i commi 5 e 6, con disposizione corretta con errata corrige del 15/07/2016 e poi dal D. Lgs. "correttivo" n. 56/2017, si occupano poi delle ipotesi di esclusione dall'accesso, interferendo con la disciplina generale di cui ai primi tre commi del citato art. 24 L. 241/1990.

In particolare, ai fini che qui interessano, i casi di esclusione "relativa" sono contemplati dalla lett. a) del citato quinto comma dell'art. 53, a norma della quale sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione 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.

In tali ipotesi, il divieto di accesso investe determinate informazioni contenute nell'offerta presentata nonché eventuali profili riservati della stessa.

È facile desumere, dunque, che oggetto di tali previsioni non è l'offerta nel suo complesso, che in linea di principio è accessibile, ma soltanto la parte di essa che contiene informazioni che costituiscano segreti tecnici o commerciali. È altresì necessario che le parti dell'offerta che contengano detti segreti siano indicate, motivate e comprovate da una espressa dichiarazione dell'offerente, contenuta nell'offerta stessa. Tale dichiarazione costituisce un onere per l'offerente che voglia mantenere riservate e sottratte all'accesso tali parti dell'offerta. In tali caso, tuttavia, il divieto di accesso non è assoluto. È infatti 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 (art. 53, comma 6).

La sottrazione all'accesso delle parti dell'offerta contenenti segreti tecnici e commerciali, ove puntualmente motivati, si inserisce coerentemente nel rapporto di necessario bilanciamento tra diritto all'accesso (*rectius*, diritto di difesa) e tutela della riservatezza.

Difatti, se è vero che l'art. 53, al comma 5 esclude l'accesso alle informazioni fornite nell'ambito delle offerte che costituiscano segreti tecnici e commerciali, intendendo in tal modo tutelare il diritto alla riservatezza delle imprese ed il *cd. know how* industriale e commerciale, è pur vero che la medesima disposizione subordina in

concreto il divieto alla motivata e comprovata manifestazione di interesse della ditta offerente controinteressata a mantenere il segreto sulla documentazione in oggetto. Manifestazione che, peraltro, è comunque suscettiva di autonomo e discrezionale apprezzamento da parte della stazione appaltante sotto il profilo della validità e pertinenza delle ragioni prospettate a sostegno dell'opposto diniego.

In ogni caso, la preminenza del cd. accesso difensivo (in quanto processualmente preordinato all'esercizio dell'inviolabile diritto di difesa ex art. 24 Cost.; e sostanzialmente posto a presidio del fondamentale canone di imparzialità dell'azione amministrativa ex art. 97 Cost.), l'ultimo comma dell'art. 53 ribadisce in maniera cristallina ed inequivoca che, proprio in relazione tale ipotesi per l'appunto relativa di esclusione dell'accesso per motivi di riservatezza tecnica, è comunque consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto.

Ciò premesso la quaestio juris sottesa al presente giudizio va individuata nella corretta interpretazione della formula "ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto" cui normativamente è subordinata la possibilità di accedere ai contenuti dell'offerta tecnica di altro concorrente che costituiscano, secondo espressa e motivata indicazione di costui, segreti tecnici e commerciali.

Parte resistente ritiene che il decorso il termine utile per intraprendere azioni giurisdizionali volte alla contestazione dell'esito della procedura di gara avanti il TAR competente escluda l'operatività del richiamato meccanismo ostensorio.

Di contro s'osserva che, per un verso, la tutela impugnatoria ai fini caducatori (soggetta allo stringente termine decadenziale dimezzato) non esaurisce lo spettro di forme di difese in giudizio del concorrente non aggiudicatario, ben potendo, anche nella stessa sede giurisdizional-amministrativa, azionare l'autonoma e concorrente tutela risarcitoria nel più ampio spatium temporis ivi previsto: peraltro verso, costituendo la previsione normativa de qua un'eccezione all'eccezione di esclusione (relativa) e di conseguente ripristinando il principio generale espresso dal primo comma dell'art. 53 D. Lgs. 50/2016 (in linea con un univoco trend normativo volto ad ampliare in termini quali-quantitativi il valore della trasparenza amministrativa sia con riguardo alla generale azione della PA., sia nello specifico settore dei contratti pubblici), della stessa deve esser data un'opzione ermeneutica non restrittivo-limitativa, ma al contrario ampliativo-estensiva, nel senso appunto di ricondurre al concetto di "difesa in giudizio" degli interessi del concorrente, in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito del quale viene formulata la richiesta di accesso, come comprensiva di ogni forma di tutela delle proprie posizioni giuridiche.

In altri termini, se l'accesso è diritto dell'interessato ammesso in via generale dalla norma della l. n. 241/1990, le compressioni di cui ai commi 2 e 5 dell'art. 53 del Codice rappresentano norme speciali e, comunque, eccezionali, da interpretarsi in modo restrittivo (attenendosi a quanto tassativamente ed espressamente contenuto in esse); mentre le deroghe a tali eccezioni, contenute nel comma 6 di tale ultima disposizione, consentendo una riespansione e riaffermazione del diritto generalmente riconosciuto nel nostro

ordinamento di accedere agli atti, possono ben essere considerate “eccezioni all’eccezione” e, dunque, nuovamente regola.

Sussistendo dunque i presupposti previsti dagli articoli 116 e ss. del c.p.a., il ricorso deve essere in accolto con conseguente ordine alla IN.VA. S.p.a. – Centrale Unica di Committenza per la Regione Autonoma Valle D'Aosta - di esibire la residua documentazione richiesta con l’istanza di accesso del 23 gennaio 2017, motivata in maniera sufficiente sia pur sintetica con riferimento alla necessità di acquisire i citati documenti in quanto “necessari ai fini della tutela in giudizio” e vagliarne la legittimità in ogni opportuna sede”.

Nelle peculiarità delle questioni trattate il Collegio ravvisa, tuttavia, in base al combinato disposto di cui agli articoli 26, comma 1, c. p. a. e 92, comma 2, c. p. c., eccezionali ragioni per l'integrale compensazione delle spese del grado di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle D'Aosta (Sezione Unica) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, ordina alla IN.VA. S.p.a. – Centrale Unica di Committenza per la Regione Autonoma Valle D'Aosta - di esibire la residua documentazione richiesta con l’istanza di accesso del 23 gennaio 2017 ed, in particolare, copia di tutta l'offerta tecnica presentata dall'ATI Vivenda, ad eccezione della pag. 50 già rilasciata (relativa a “Migliorie inerenti ai servizi ludico educativi rivolti ai minori”), nonché copia dell'Allegato B1 della domanda di partecipazione dell'ATI Vivenda e delle dichiarazioni dei subappaltatori Astrea Srl, CVS Srl e RE.L Service Impresa individuale attestanti l'assenza di cause di esclusione ai sensi dell'art. 80 D. Lgs. n. 50/2016.

Spese compensate.

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

Così deciso in Aosta nella camera di consiglio del giorno 9 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Andrea Migliozi, Presidente

Grazia Flaim, Consigliere

Carlo Buonauro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Carlo Buonauro

IL PRESIDENTE

Andrea Migliozi

IL SEGRETARIO