

Diniego di accesso agli atti di gara: la sussistenza del segreto tecnico va dimostrata.

di Arturo Levato

Data di pubblicazione: 24-5-2017

1) *La dichiarazione resa dalla controinteressata, che si è opposta alla ostensione degli atti di gara, è genericamente riferita a “tutte le informazioni contenute nel progetto tecnico”, senza nessuna specificazione dei profili che possano integrare un “segreto tecnico o commerciale, profili peraltro anche difficilmente ipotizzabili, trattandosi di un appalto di servizi di refezione scolastica non di elevata complessità.*

2) *Seppure nel caso concreto fossero stati integrati i suddetti elementi di specificità, il diniego all'accesso non sarebbe stato comunque legittimo, avendo il ricorrente espressamente rappresentato le esigenze di difesa in giudizio in relazione alla procedura di affidamento, come tali normativamente prevalenti ex art. 53, comma 6, D. Lgs. 50/2016.*

Guida alla lettura.

Una società, che ha partecipato ad una procedura negoziata ex art. 63 D. Lgs. n. 50/2016 per l'affidamento del servizio di refezione scolastica, avanza istanza di accesso agli atti.

In particolare, all'autorizzazione sanitaria centro cottura, al progetto tecnico e a tutti i verbali di gara.

L'amministrazione comunale rigetta la richiesta ostensiva.

Ciò, sull'assunto che l'impresa aggiudicataria abbia espresso opposizione, in ragione della necessità di presidiare “*segreti tecnici e commerciali che sono il frutto dell'ideazione e della capacità progettuale di uno staff tecnico aziendale*”.

L'adito T.a.r., nello scrutinare il gravame, ritiene fondate le censure dedotte dalla ricorrente.

Richiama all'uopo “*la ristretta area semantica del segreto commerciale e il criterio interpretativo che deve guidare la lettura delle deroghe al principio di trasparenza, di cui è espressione l'accesso agli atti amministrativi*”.

Nella fattispecie, la dichiarazione della controinteressata è connotata da genericità, essendo riferita a “*tutte le informazioni contenute nel progetto tecnico*”, senza alcuna specificazione dei

profili che possano integrare un “*segreto tecnico o commerciale*”.

Né ancora, ad avviso del Collegio, è ragionevole prospettare segreti di tale natura a fronte di una commessa pubblica avente ad oggetto un appalto di servizi di refezione scolastica

Sulla scorta delle espresse considerazioni, logico corollario è l’assenza del presupposto che, giusta l’art. 53, comma 5, lett. a), D. Lgs. n. 50/2016, può giustificare una deroga all’ostensione degli atti e cioè la “*motivata e comprovata dichiarazione dell’offerente*”.

A supporto di quanto sostenuto, il T.a.r. rileva ancora che pur a fronte di una puntuale indicazione dei profili di segretezza, il diniego all’accesso sarebbe risultato comunque illegittimo.

Infatti, la società ricorrente ha rappresentato all’amministrazione aggiudicataria esigenze di difesa in giudizio correlate alla procedura di affidamento, come tali prevalenti, ai sensi dell’art. 53, comma 6, D lgs 50/2016, sull’interesse giuridico prospettato dalla prima graduata.

In tale ultima evenienza, pertanto, è lo stesso legislatore ad operare un bilanciamento tra l’interesse alla tutela del segreto tecnico ed il diritto di difesa, conferendo preminenza al secondo.

Ne consegue, quindi, che in presenza delle richiamate circostanze, qualora la società istante motivi la propria richiesta ostensiva in relazione ad esigenze difensive legate alla selezione pubblica, la stazione appaltante è sprovvista di qualsivoglia potere valutativo, anche in caso di un’eventuale e motivata opposizione della controinteressata.

Gli atti di gara, quindi, sono suscettibili di ostensione.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1573 del 2016, proposto da:

S Gest Service S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Demetrio Verbaro ed Alfredo Gualtieri, con domicilio eletto presso lo studio Alfredo Gualtieri in Catanzaro, via Vittorio Veneto N. 48;

contro

Comune di Chiaravalle Centrale, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dalla dott.ssa Rosa Villirillo, domiciliato ex art. 25 cpa presso Tar Segreteria in Catanzaro, via De Gasperi, 76/B;

nei confronti di

Ce.Ri.Sa. S.r.l. non costituito in giudizio;

per l'annullamento

della determinazione n 23505/16 del comune di chiaravalle centrale avente ad oggetto il diniego di accesso agli atti della gara per l'affidamento del servizio di refezione scolastica per gli alunni delle Scuole dell'Infanzia, Primaria e Secondaria di Primo grado – anno scolastico 2016/2017

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Chiaravalle Centrale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2017 la dott.ssa Germana Lo Sapio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.La società ricorrente ha partecipato alla procedura negoziata ex art. 63 D.Lgs. 50/2016 per l'affidamento del servizio di refezione scolastica per gli alunni delle Scuole dell'Infanzia, Primaria e Secondaria di Primo grado – anno scolastico 2016/2017, di cui alla delibera n. 51 del 26 settembre 2016. Nella Sezione Amministrazione Trasparente del sito web del Comune è stata pubblicata la determina n. 62 del 3 novembre 2016 con cui il servizio è stato aggiudicato alla CE.RI.SA. s.r.l., unitamente ai verbali di gara.

2. La ricorrente ha, quindi, formulato istanza di accesso agli atti, in data 7 novembre 2016, prospettando l'intenzione di "*presentare ricorso al TAR*" chiedendo di ottenere copia dell'autorizzazione sanitaria centro cottura, del progetto tecnico e di tutti i verbali di gara.

3. L'amministrazione comunale ha negato l'accesso, avendo rappresentato che *"la ditta controinteressata (...) ha espresso ferma e motivata opposizione all'istanza di accesso presentata dalla ditta S.Gest Service, in quanto tutte le informazioni contenute nel progetto tecnico presentato costituiscono quei cosiddetti segreti tecnici e commerciali che sono il frutto dell'ideazione e della capacità progettuale di uno staff tecnico aziendale"*.

4. Avverso il predetto diniego, la ricorrente agisce in questa sede ex art. 116 c.p.a. deducendo:

-il vizio di violazione di legge con riferimento all'art. 53 del D.lgs. 50/2016, il quale prevede espressamente che la dichiarazione della sussistenza di segreti tutelabili e tali da prevalere sul diritto di accesso sia *"motivata e comprovata"*, mentre quella contenuta nel diniego è generica e apodittica;

- il vizio di violazione di legge con riferimento agli artt. 22 e ss. L. 241/90 e 53 D.Lgs. 50/2016, dovendo la tutela del segreto oppositivo recedere a fronte delle esigenze di difesa giurisdizionale rappresentate dall'interessata;

- il vizio di eccesso di potere per omessa valutazione circa il bilanciamento tra i diversi interessi contrapposti, poiché l'amministrazione avrebbe considerato come vincolante l'opposizione all'accesso espressa dalla controinteressata, appiattendosi su di essa senza una propria ed autonoma determinazione in merito.

5. Si è costituito il Comune ex art. 23 c.p.a. a mezzo del Responsabile del Settore Affari Generali, Servizio Contenzioso eccependo l'infondatezza del ricorso poiché: a) già nella presentazione della domanda di partecipazione alla procedura di selezione la controinteressata avrebbe precisato di *"non autorizzare (..) la facoltà di accesso alle parti relative alla offerta tecnica"*, dichiarazione non contestata da altri soggetti interessati; b) sarebbe *"inverosimile"* la finalità difensiva dell'istanza di accesso avanzata dalla società ricorrente, essendo scaduto il termine di decadenza per l'impugnazione dell'aggiudicazione.

6. Alla camera di consiglio del 4 aprile 2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

7. Il ricorso è fondato.

8. Esigenze di sinteticità della presente decisione resa in forma semplificata ex artt. 116 co. 4 e 74 c.p.a. inducono a richiamare, quale autorevole precedente cui il Tribunale intende conformarsi, la recente sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 17 marzo 2017, n. 1213, i cui principi sono pienamente confacenti al caso di specie (cfr. in tal senso anche la sentenza TAR Catanzaro, II sez., 11 settembre 2015 n. 1467 citata dal ricorrente).

9. Alla luce dei principi generali circa la ristretta area semantica del "segreto commerciale" e il criterio interpretativo che deve guidare la lettura delle deroghe al principio di trasparenza di cui è espressione l'accesso agli atti amministrativi, deve pertanto ritenersi fondata la prima censura.

La dichiarazione resa dalla controinteressata che si è opposta alla ostensione degli atti di gara

è infatti genericamente riferita a “*tutte le informazioni contenute nel progetto tecnico*” senza nessuna specificazione dei profili che possano integrare un “*segreto tecnico o commerciale*”; profili peraltro anche difficilmente ipotizzabili, trattandosi di un appalto di servizi di refezione scolastica non di elevata complessità.

10. La fondatezza della doglianza è sufficiente all'accoglimento del ricorso, poiché mancando il requisito che deve connotare l'eccezione al diritto di accesso di cui all'art. 53 co. 5 lett. a) “*motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente*”, deve ritenersi operante la regola generale della accessibilità dagli atti di gara da parte delle imprese che hanno partecipato alla selezione.

Per mera completezza di motivazione, giova aggiungere che, seppure nel caso concreto fossero stati integrati i suddetti elementi di specificità, il diniego all'accesso non sarebbe stato comunque legittimo, avendo il ricorrente espressamente rappresentato le esigenze di difesa in giudizio in relazione alla procedura di affidamento, come tali normativamente prevalenti ex art. 53 co. 6 D lgs 50/2016: sul punto non è condivisibile l'eccezione dedotta dall'amministrazione, circa la presunta irricevibilità del ricorso, trattandosi di una valutazione processuale estranea all'ambito decisionale riservato all'amministrazione nella determinazione del punto di equilibrio tra gli interessi in gioco in materia di accesso.

11. Il ricorso va pertanto accolto, con conseguente condanna del Comune di Chiaravalle centrale a rilasciare, mediante estrazione di copia, la documentazione indicata nella citata istanza di accesso, entro e non oltre il termine di 30 giorni dalla data di comunicazione o notificazione della presente sentenza.

12. Le spese seguono il principio di soccombenza e vengono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto ordina al Comune di Chiaravalle Centrale di rilasciare, mediante estrazione di copia, la documentazione indicata nella citata istanza di accesso, entro e non oltre il termine di 30 giorni dalla data di comunicazione o notificazione della presente sentenza.

Condanna il Comune resistente al pagamento delle spese di lite in favore dei procuratori dichiaratisi antistatari ex art. 93 c.p.c., liquidate in complessivi euro 1.500,00 oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente



Giovanni Iannini, Consigliere

Germana Lo Sapia, Referendario, Estensore