

L'accesso ai documenti tra diritto alla difesa e tutela dei segreti tecnici e commerciali

di Riccardo Marletta

Data di pubblicazione: 23-6-2017

1. L'accesso agli atti c.d. difensivo, disciplinato dall'art. 53, comma 6 del d.lgs. n. 50/2016, prevale sulle esigenze contrapposte di tutela del segreto tecnico e commerciale solo nel caso in cui l'accesso venga azionato in vista della difesa in giudizio di interessi attinenti alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso^[1].
2. Competono all'amministrazione aggiudicatrice, in sede di valutazione dell'istanza di accesso, sia la verifica dell'astratta inerenza del documento richiesto alla posizione soggettiva dell'istante ed agli scopi che questi intende perseguire per il tramite dell'accesso, che la decisione sulla base della dichiarazione in precedenza resa dalla offerente, in ordine alla sussistenza di una motivata e comprovata dichiarazione circa l'attinenza del documento al segreto tecnico o commerciale.
3. In forza dell'art. 53, comma 5 del d.lgs. n. 50/2016 l'operatore economico può invocare la sussistenza di elementi che rientrino nella tutela del segreto tecnico o commerciale solo nel caso in cui tali elementi risultino da una dichiarazione resa dal concorrente stesso in sede di offerta, con la conseguenza che tale pretesa non può essere avanzata per la prima volta in sede di opposizione all'istanza di accesso^[2].

^[1] Sul punto cfr. Consiglio di Stato, Sezione IV, 28 luglio 2016, n. 3431; T.R.G.A., sezione Autonoma di Bolzano, 31 marzo 2017, n. 114; T.A.R. Lazio - Roma, Sezione III *ter* 21 febbraio 2017, n. 2658.

^[2] Consiglio di Stato, n. 3431/2016 cit.

Guida alla lettura

L'ordinanza in commento affronta il tema dell'accesso agli atti c.d. difensivo, in rapporto all'esigenza di tutela dei segreti tecnici e commerciali dei partecipanti alle procedure d'appalto.

Il TAR Lombardia ha chiarito i termini del rapporto tra l'art. 53, comma 5 lett. a, e l'art. 53, comma 6 del medesimo d.lgs. n. 50/2016; il primo detta un'ipotesi di limitazione dell'accesso agli atti in ragione della tutela di segreti tecnici o commerciali, mentre il secondo prevede una deroga a detta previsione, nell'ipotesi in cui l'accesso del concorrente sia strumentale alla difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di gara.

Sulla scorta di ciò il TAR Lombardia ha chiarito che in base alla formulazione letterale dell'art. 53, commi 5 e 6 e al bilanciamento di valori in esso contenuti, deve ritenersi prevalente l'accesso c.d. difensivo sulle contrapposte esigenze di tutela del segreto tecnico e commerciale solo nell'ipotesi in cui l'accesso sia azionato in vista della difesa in giudizio degli interessi del richiedente stesso relativamente alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale la richiesta di accesso è formulata; con la conseguenza che l'accesso difensivo non prevale *ex se* sulla tutela del segreto tecnico o commerciale.

L'ordinanza ha precisato altresì che competono all'amministrazione aggiudicatrice, in sede di valutazione dell'istanza di accesso, sia la verifica dell'astratta inerenza del documento richiesto alla posizione soggettiva dell'istante ed agli scopi che questi intende perseguire per il tramite dell'accesso, che la decisione sulla base della dichiarazione in precedenza resa dalla offerente, in ordine alla sussistenza di una motivata e comprovata dichiarazione circa l'attinenza del documento al segreto tecnico o commerciale.

Il TAR Lombardia ha chiarito infine che la tutela del segreto tecnico o commerciale deve essere oggetto di esplicita dichiarazione resa dal concorrente in sede di offerta, non potendo tale pretesa essere avanzata per la prima volta in sede di opposizione all'istanza di accesso.

licato il 08/06/2017

N. 01294/2017 REG.PROV.COLL.

N. 00591/2017 REG.RIC.



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

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 591 del 2017, proposto da:

A.M.S.A. Azienda Milanese Servizi Ambientali S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Raffaello Perfetti e Alessandro Rosi, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, via Michele Barozzi, 1;

contro

CEM Ambiente S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Enzo Robaldo e Pietro Ferraris, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, piazza Eleonora Duse, 4;

nei confronti di

Impresa Sangalli Giancarlo & C. S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio Boifava, domiciliata ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria del T.A.R. Lombardia, in Milano, via Corridoni, 39;

Ditta Colombo Biagio S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della nota di CEM Ambiente S.p.a., prot. n. 388 del 17 febbraio 2017, con la quale è stato aggiudicato al costituendo RTI tra Impresa Sangalli Giancarlo & C. S.r.l. e Ditta Colombo Biagio S.r.l. l'appalto per i servizi di raccolta differenziata di rifiuti urbani ed assimilati, trasporto ad impianti di trattamento e servizi opzionali e accessori, bandito da CEM Ambiente S.p.a. per i 58 Comuni suoi soci;

- di tutti i verbali di gara di attribuzione dei punteggi alle due offerte in gara;

- dell'ammissione del costituendo RTI tra Impresa Sangalli Giancarlo & C. S.r.l. e Ditta Colombo Biagio S.r.l., disposta con nota di CEM Ambiente S.p.a. del 2 dicembre 2016, prot. n. 2870;

e, conseguentemente, per il subentro della ricorrente nell'aggiudicazione oppure, ove medio tempore stipulato, nel contratto, o, in subordine, per la condanna di CEM Ambiente S.p.a. al risarcimento dei danni patiti e patienti dalla ricorrente, ove risultasse impedita la tutela in forma specifica;

nonché, per l'annullamento:

- delle note di CEM Ambiente S.p.a., prot. n. 400 del 20 febbraio 2017 e prot. n. 446 del 23 febbraio 2017, con le quali la stazione appaltante ha negato il completo accesso ai documenti di gara;

e per la condanna di CEM Ambiente S.p.a. ad esibire in giudizio tutti i documenti di gara non ancora esibiti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Cem Ambiente S.p.a. e dell'Impresa Sangalli Giancarlo & C. S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto dall'Impresa Sangalli Giancarlo & C. S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 maggio 2017 la dott.ssa Concetta Plantamura e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

1. CEM Ambiente S.p.a., società partecipata dalla Città Metropolitana di Milano, dalla Provincia di Monza Brianza e da 58 Comuni dislocati nei territori di dette provincie, è titolare di affidamenti in house da parte dei 58 Comuni suoi soci, per i servizi inerenti la gestione dei rifiuti. Tale gestione avviene, in parte, direttamente ad opera dell'affidataria e, per la restante parte, mediante affidamento a terzi, scelti tramite pubblica gara.

2. Con bando pubblicato il 4 ottobre 2016, CEM ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei "servizi di raccolta differenziata di rifiuti urbani ed assimilati, trasporto ad impianti di trattamento e servizi opzionali ed accessori" da svolgere per 92 mesi (7 anni e 8 mesi, salve le tre ipotesi ivi contemplate di eventuale estensione del contratto) nei 58 Comuni soci, per un importo a base di gara di Euro 16.895.908,72 l'anno (oltre iva), pari ad Euro 129.535.300,19 (oltre iva), per l'intera durata del contratto.

3. Quale criterio di selezione del contraente è stato prescelto quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

4. Hanno presentato offerte alla gara soltanto A.M.S.A. Azienda Milanese Servizi Ambientali S.p.a. e il costituendo R.T.I. tra Impresa Sangalli Giancarlo & C. S.r.l.(mandataria) e Ditta Colombo Biagio S.r.l. (mandante), già parti dell'R.T.I. "Energeticambiente", gestore uscente dei medesimi servizi per CEM.

5. A conclusione della fase di esame della documentazione amministrativa e di verifica della sussistenza dei requisiti di ordine generale, di idoneità professionale e di capacità economico-finanziaria, A.M.S.A. e il costituendo R.T.I., con decisione assunta dalla commissione giudicatrice il 1° dicembre 2016 e comunicata ai concorrenti con nota del 2 dicembre 2016, sono stati ammessi alla gara.

6. All'esito dell'esame delle due offerte, quella dell'R.T.I. è risultata preferita dalla commissione giudicatrice ed è stata assoggettata a verifica di congruità, esitata positivamente dal RUP.

7. Si giunge, così, all'aggiudicazione definitiva del contratto all'R.T.I.,

come comunicato da CEM il 17 febbraio 2017.

8. Nelle more, la società A.M.S.A. ha presentato, con nota del 31 gennaio 2017, trasmessa a mezzo pec il 5 febbraio 2017, una prima istanza di accesso agli atti, per ottenere copia degli atti della procedura, inclusa copia integrale dell'offerta dell'R.T.I.

Tale istanza ha ricevuto un riscontro parzialmente negativo, dal momento che la stazione appaltante ha differito l'ostensione dell'offerta dell'R.T.I. a data successiva all'aggiudicazione definitiva.

Indi, successivamente all'aggiudicazione, A.M.S.A. ha reiterato l'istanza di accesso, con nota del 20 febbraio 2017, inviata a mezzo pec il 22 febbraio 2017, riscuotendo un nuovo parziale diniego. 9. Per l'esattezza, con due comunicazioni, rispettivamente datate 20 e 23 febbraio 2017, la stazione appaltante - in accoglimento dell'opposizione alla totale ostensione da parte dell'R.T.I. - ha fornito copia dell'offerta tecnica, dell'offerta economica e delle giustificazioni della congruità dell'offerta dell'RTI, ma apponendovi numerosi e sostanziali omissis.

10. Con ricorso notificato tra il 20 e il 22 marzo 2017 e depositato il 20 marzo 2017, la società A.M.S.A. ha proposto ricorso contenente una pluralità di domande, rispettivamente, volte a ottenere:

a) - l'annullamento dell'aggiudicazione e dell'ammissione dell'R.T.I. tra Impresa Sangalli Giancarlo & C. S.r.l. e Ditta Colombo Biagio S.r.l.;

b) - in via subordinata alla precedente domanda, il risarcimento dei danni subiti e subendi da parte della ricorrente, qualora si dovesse rendere impossibile il subentro;

c) - l'annullamento del parziale diniego di accesso;

d) - la sospensione in via cautelare gli atti impugnati.

11. Si sono costituite CEM Ambiente e l'Impresa Sangalli, quest'ultima in proprio e in qualità di capogruppo-mandataria del costituendo R.T.I. con la

Ditta Colombo Biagio S.r.l.

12. In vista della camera di consiglio fissata per la trattazione della domanda cautelare, tutte le parti costituite hanno depositato un'istanza, dalle stesse sottoscritta, con cui - dopo aver rappresentato l'impegno da parte resistente e controinteressata a non stipulare né dare esecuzione al contratto - hanno chiesto di dare atto della sopravvenuta carenza d'interesse alla decisione della domanda incidentale di sospensione, in precedenza proposta.

13. Con ordinanza n. 480, dell'11/04/2017, la sezione ha dichiarato estinta per rinuncia la fase cautelare del giudizio in epigrafe.

14. Il 12/04/2017 la controinteressata ha depositato ricorso incidentale, con cui ha impugnato:

a) la determinazione dell'Amministratore Unico di CEM Ambiente S.p.a. n. 4 del 17/02/2017, di aggiudicazione a favore della controinteressata della procedura de qua, nella parte in cui, approvando le risultanze delle operazioni di gara, ha collocato al secondo posto in graduatoria la ricorrente principale;

b) i processi verbali tutti della procedura de qua, laddove hanno ritenuto ammissibile e valutabile l'offerta della ricorrente principale, ovvero hanno attribuito alla stessa punti 39,30 per i criteri valutativi dell'offerta tecnica;

c) la p.e.c. del 08/03/2017 di CEM Ambiente S.p.a., recante diniego parziale di accesso agli atti formulato dalla ricorrente incidentale, chiedendo conseguentemente la condanna di CEM all'ostensione degli atti non concessi, oltreché la declaratoria d'inammissibilità del ricorso principale per carenza d'interesse.

15. Alla camera di consiglio del 18.05.2017, fissata per la trattazione delle istanze di accesso agli atti, presenti gli avv. A. Rosi per la parte ricorrente, E. Robaldo per la resistente CEM, M. Tenuta, in sostituzione di Boifava, per la controinteressata e ricorrente incidentale Impresa Sangalli, la causa di accesso è stata trattenuta in decisione, ex art. 116, co. 2 c.p.a.

16. Preliminarmente, osserva il Collegio come entrambe le parti in contesa argomentino l'illegittimità delle determinazioni adottate, in punto di accesso, da parte resistente, sulla base di un unico motivo, che fa leva sulla violazione, sia pure sotto distinti profili, dell'art. 53 del d.lgs. 18.04.2016, n. 50.

17. In particolare, secondo l'impostazione della ricorrente principale, le determinazioni di accesso parziale adottate da CEM nei suoi confronti sarebbero illegittime, poiché assunte in violazione del comma 6, dell'articolo 53 citato, che imporrebbe senz'altro, qui, la prevalenza all'accesso defensionale esercitato da A.M.S.A., rispetto alla tutela dei segreti tecnici o commerciali, adottati dall'R.T.I. a sostegno dell'opposizione all'accesso e recepiti da CEM nelle premesse delle citate determinazioni.

Sul punto, la difesa della controinteressata afferma, in contrario avviso, che l'accesso defensionale sarebbe sempre recessivo al cospetto dell'esigenza di tutelare i segreti commerciali del concorrente, tra cui rientrerebbero, a pieno titolo, quelli prospettati dall'Impresa Sangalli; la stessa difesa contesta, poi, l'applicabilità a favore della ricorrente dell'ipotesi di cui al citato comma 6, non avendo essa esplicitato le ragioni per cui l'accesso risulterebbe indispensabile per la tutela giurisdizionale delle sue ragioni.

18. Quanto, infine, al motivo svolto nel ricorso incidentale avverso l'accesso parziale adottato da CEM nei confronti dell'istanza dell'R.T.I., con esso si lamenta la violazione del comma 5, lett. a), dell'articolo 53, poiché, ad avviso della ricorrente incidentale, le ipotesi evocate da A.M.S.A. per paralizzare l'accesso non sarebbero affatto riconducibili fra i segreti tecnici o commerciali richiamati dal predetto comma. In aggiunta, si lamenta anche il difetto di motivazione della determinazione dalla stazione appaltante, che non avrebbe esternato le ragioni della ritenuta sussumibilità delle informazioni fornite da A.M.S.A. in sede di offerta, fra quelle idonee a comprovare la sussistenza di segreti tecnici o commerciali.

19. Tanto premesso, reputa il Collegio, in via preliminare, che entrambe le istanze di accesso siano ammissibili e possano essere trattate ai sensi

dell'art. 116, comma 2 c.p.a. L'istanza di A.M.S.A. è senz'altro connessa con l'oggetto del giudizio principale dalla stessa promosso, volto all'annullamento dell'aggiudicazione disposta da CEM a favore dell'R.T.I., vertendo sulla documentazione di gara prodotta dall'aggiudicataria. Quanto all'istanza dell'R.T.I., sussiste la legittimazione della stessa, in qualità di ricorrente incidentale, ad azionare la tutela in materia di accesso ove, nel giudizio pendente in via principale, abbia proposto domanda di annullamento in via incidentale degli atti di gara, attesa la finalità istruttoria di tale strumento processuale (cfr. T.A.R. Veneto, I, ordinanza 26/05/2017, n. 512). Sussiste, altresì, l'interesse sotteso all'istanza di accesso della controinteressata, evidentemente sorto in dipendenza della domanda proposta in via principale da A.M.S.A., sicché l'istanza stessa è stata correttamente introdotta nell'odierno giudizio mediante ricorso incidentale, insieme alle domande annullatorie rivolte dall'R.T.I. avverso i provvedimenti adottati nel corso della gara per cui è causa.

20. Nel merito, ritiene il Collegio che tutti i documenti richiesti e, in particolare, le offerte tecniche – richieste da parte di entrambe le istanti -, e le giustificazioni dell'offerta economica – richieste da parte di A.M.S.A -, in quanto facenti parte della documentazione di gara, non si sottraggono al diritto di accesso azionato ai sensi dell'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016.

21. Al riguardo, preme in primo luogo richiamare il dato normativo di riferimento, chiarendo fin da subito che, la disciplina dettata al riguardo dal d.lgs. n. 50/2016, qui applicabile *ratione temporis*, risulta sostanzialmente sovrapponibile a quella in precedenza dettata dall'art. 13 del d.lgs. n. 163/2006 (cfr. in tal senso, da ultimo, T.A.R. Campania, Napoli, VI, 21/04/2017, n. 2195). Conseguentemente, reputa il Collegio che la giurisprudenza formatasi riguardo a quest'ultima norma è senz'altro riferibile anche all'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016.

22. Ebbene, la norma da ultimo indicata, così dispone, ai commi 5 e 6, per la parte qui d'interesse:

“

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; ...

In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l'accesso al

concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla

procedura di affidamento del contratto”.

In base alla formulazione letterale e alla interpretazione sistematica della norma, tenuto conto del bilanciamento di valori da essa attuato, si deve ritenere accordata la prevalenza all'accesso nei soli casi in cui si impugnino atti della procedura di affidamento, al fine di ottenerne l'annullamento o, comunque, il risarcimento del danno, anche in via autonoma (cfr. Cons. Stato, IV, 28.07.2016, n. 3431; id., sez. VI, 19.10.2009, n. 6993).

La partecipazione ad una gara di appalto pubblico comporta, in effetti,

“l'accettazione implicita da parte del concorrente delle regole di

trasparenza e imparzialità che caratterizzano la gara, fermo restando

l'obbligo, per il richiedente l'accesso, di utilizzare i documenti acquisiti

esclusivamente per la cura e la difesa dei propri interessi giuridici” (così,

T.R.G.A., Sezione Autonoma di Bolzano, ordinanza 31/03/2017, n. 114).

L'accesso cd. difensivo o defensionale deve, quindi, ritenersi prevalente sulle contrapposte esigenze di tutela del segreto tecnico e commerciale, ma

soltanto laddove il primo sia azionato *“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" (cfr.

sentenza n. 3431/2016 cit., che poi aggiunge: “*Da ciò consegue che,*

l'accesso cd. defensionale non può prevalere "ex se" sulla tutela del

segreto tecnico o commerciale (cosa che potrà comunque avvenire nei casi

in cui allo stesso non corrisponda una “motivata e comprovata

dichiarazione”, come richiesta ex art. 53, co. 5, lett. a), nelle ipotesi in cui:

- esso inerisce ad interessi diversi, quali il diritto di azione in sede civile nei confronti di soggetti privati per risarcimento danno da concorrenza sleale o per illecito extracontrattuale ovvero anche per sollecitare meramente l'intervento del giudice penale (essendo ciò escluso dal riferimento

normativo ai casi relativi “alla procedura di affidamento del contratto”);

- ovvero per sollecitare poteri di autotutela dell'amministrazione (essendo

ciò escluso dal riferimento alla "difesa in giudizio"). Sulla prevalenza

accordata dall'art. 53, co. 6 citato all'accesso difensivo cfr., da ultimo,

T.A.R. Lazio, Sezione Terza Ter, ordinanza del 21/02/2017, n. 2658).

23. La tutela del segreto tecnico o commerciale non può essere, a sua volta, opposta per la prima volta in sede di opposizione all'istanza di accesso, dovendo essere tale indicazione oggetto di esplicita dichiarazione resa in sede di offerta, come si desume:

- sul piano letterale, dai riferimenti effettuati alle "informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte", e dalla dichiarazione, anch'essa resa dall' "offerente", in ordine al dato che le stesse costituiscono segreto tecnico o commerciale;

- sul piano della ragionevolezza interpretativa, dal fatto che tale indicazione non può costituire un impedimento frapposto ex post dall'aggiudicatario, a tutela della posizione conseguita, nei confronti dell'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale da parte degli altri concorrenti (cfr. sentenza n. 3431/2016 cit.).

Compete, dunque, all'amministrazione aggiudicatrice, in sede di valutazione dell'istanza di accesso eventualmente pervenuta, sia la verifica dell'astratta inerenza del documento richiesto con la posizione soggettiva dell'istante e con gli scopi che questi intende perseguire per il tramite dell'accesso, che la valutazione, sulla base della dichiarazione in precedenza resa dalla offerente, in ordine alla sussistenza di una "motivata e comprovata dichiarazione" da porre a fondamento dell'addotta inerenza del documento al segreto tecnico o commerciale.

24. Applicando le suesposte coordinate ermeneutiche alla fattispecie in esame, emerge, in primo luogo, la fondatezza del motivo dedotto nel ricorso principale, dovendosi senz'altro affermare la prevalenza, per le ragioni sin qui esposte, dell'accesso difensivo sulle ragioni di tutela del segreto tecnico o commerciale. Ai fini della prova della finalizzazione dell'accesso alla difesa in giudizio, poi, è sufficiente quanto indicato da A.M.S.A., a proposito della necessità di verificare l'esistenza di vizi ulteriori degli atti di gara, tenuto anche conto della pendenza del giudizio principale nel quale la stessa A.M.S.A. ha già lamentato plurimi vizi afferenti la gara in questione. Tanto basta, quindi, a giustificare il pregiudizio dalla stessa lamentato in ordine all'oscuramento di una parte dell'offerta tecnica e di una parte delle giustificazioni della congruità dell'offerta economica da parte di CEM.

Anche rispetto all'istanza dell'R.T.I. sussiste, d'altro canto, analoga esigenza difensiva sottesa all'accesso e correlata alla verifica di ulteriori vizi rispetto a quelli già sollevati con domanda in via riconvenzionale della controinteressata, al fine di ottenere il declassamento o addirittura l'esclusione di A.M.S.A. dalla graduatoria.

25. Quanto alle censure della ricorrente incidentale, risulta effettivamente del tutto assente nella determinazione impugnata ogni valutazione da parte della resistente, in ordine alla sussistenza della "motivata e comprovata dichiarazione", richiesta dall'art. 53, co. 5 lett. a) citato, a fondamento dell'addotta inerenza del documento al segreto tecnico o commerciale.

Risulta, d'altro canto, del tutto sfornita di prova, per vero sia da parte di A.M.S.A. che della stessa Impresa Sangalli, la risalenza, già in sede di presentazione dell'offerta, dell'affermazione del carattere riservato delle

informazioni tecniche contenute nelle rispettive offerte.

26. In siffatte evenienze risultano, quindi, fondate le censure di violazione dell'art. 53 d.lgs. citato, come sopra formulate sia da parte ricorrente (sub n. 17), che da parte della controinteressata- ricorrente incidentale (sub n. 18).

In entrambi i casi, ricorrendo tutti gli elementi richiesti dall'art. 53, co. 6 del d.lgs. n. 50/2016, l'amministrazione avrebbe dovuto, alla luce della dirimente ponderazione degli opposti interessi ivi operata, riconoscere la prevalenza del diritto di accesso difensivo rispetto alle informazioni costituenti segreti tecnici o commerciali degli offerenti.

27. Per le suesposte ragioni, quindi, va accolto sia il ricorso di A.M.S.A. che quello dell'Impresa Sangalli avverso i parziali dinieghi di accesso alla integrale conoscenza dei documenti richiesti, ad esse rispettivamente comunicati da CEM Ambiente S.p.a., con conseguente obbligo di quest'ultima di fornire copia dei predetti documenti, ovvero delle parti oscure degli stessi, entro il termine di venti giorni, decorrenti dalla comunicazione della presente ordinanza.

28. La decisione in ordine alle spese è rinviata alla sede del merito.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sulle domande di accesso, rispettivamente formulate dalla ricorrente principale e da quella incidentale:

- le accoglie e, per l'effetto, accerta il diritto delle stesse società di accedere ai documenti richiesti, nei sensi e nei termini indicati in motivazione;
- ordina all'amministrazione resistente di consentire alle dette società l'accesso alla chiesta documentazione, nei sensi e nei termini di cui in motivazione.

Spese rinviate alla decisione in sede di giudizio principale.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 18 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Concetta Plantamura, Consigliere, Estensore

Da Assegnare Magistrato, Consigliere

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 591 del 2017, proposto da:

A.M.S.A. Azienda Milanese Servizi Ambientali S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Raffaello Perfetti e Alessandro Rosi, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, via Michele Barozzi, 1;

contro

CEM Ambiente S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Enzo Robaldo e Pietro Ferraris, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, piazza Eleonora Duse, 4;

nei confronti di

Impresa Sangalli Giancarlo & C. S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio Boifava, domiciliata ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria del T.A.R. Lombardia, in Milano, via Corridoni, 39;
Ditta Colombo Biagio S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della nota di CEM Ambiente S.p.a., prot. n. 388 del 17 febbraio 2017, con la quale è stato aggiudicato al costituendo RTI tra Impresa Sangalli Giancarlo & C. S.r.l. e Ditta Colombo Biagio S.r.l. l'appalto per i servizi di raccolta differenziata di rifiuti urbani ed assimilati, trasporto ad impianti di trattamento e servizi opzionali e accessori, bandito da CEM Ambiente S.p.a. per i 58 Comuni suoi soci;

- di tutti i verbali di gara di attribuzione dei punteggi alle due offerte in gara;

- dell'ammissione del costituendo RTI tra Impresa Sangalli Giancarlo & C. S.r.l. e Ditta Colombo Biagio S.r.l., disposta con nota di CEM Ambiente S.p.a. del 2 dicembre 2016, prot. n. 2870;

e, conseguentemente, per il subentro della ricorrente nell'aggiudicazione oppure, ove medio tempore stipulato, nel contratto, o, in subordine, per la condanna di CEM Ambiente S.p.a. al risarcimento dei danni patiti e patienti dalla ricorrente, ove risultasse impedita la tutela in forma specifica;

nonché, per l'annullamento:

- delle note di CEM Ambiente S.p.a., prot. n. 400 del 20 febbraio 2017 e prot. n. 446 del 23 febbraio 2017, con le quali la stazione appaltante ha negato il completo accesso ai documenti di gara;

e per la condanna di CEM Ambiente S.p.a. ad esibire in giudizio tutti i documenti di gara non ancora esibiti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Cem Ambiente S.p.a. e dell'Impresa Sangalli Giancarlo & C. S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto dall'Impresa Sangalli Giancarlo & C. S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 maggio 2017 la dott.ssa Concetta Plantamura e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

1. CEM Ambiente S.p.a., società partecipata dalla Città Metropolitana di Milano, dalla Provincia di Monza Brianza e da 58 Comuni dislocati nei territori di dette provincie, è titolare di affidamenti in house da parte dei 58 Comuni suoi soci, per i servizi inerenti la gestione dei rifiuti. Tale gestione avviene, in parte, direttamente ad opera dell'affidataria e, per la restante parte, mediante affidamento a terzi, scelti tramite pubblica gara.

2. Con bando pubblicato il 4 ottobre 2016, CEM ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei "servizi di raccolta differenziata di rifiuti urbani ed assimilati, trasporto ad impianti di trattamento e servizi opzionali ed accessori" da svolgere per 92 mesi (7 anni e 8 mesi, salve le tre ipotesi ivi contemplate di eventuale estensione del contratto) nei 58 Comuni soci, per un importo a base di gara di Euro 16.895.908,72 l'anno (oltre iva), pari ad Euro 129.535.300,19 (oltre iva), per l'intera durata del contratto.

3. Quale criterio di selezione del contraente è stato prescelto quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

4. Hanno presentato offerte alla gara soltanto A.M.S.A. Azienda Milanese Servizi Ambientali S.p.a. e il costituendo R.T.I. tra Impresa Sangalli Giancarlo & C. S.r.l.(mandataria) e Ditta Colombo Biagio S.r.l. (mandante), già parti dell'R.T.I. "Energeticambiente", gestore uscente dei medesimi servizi per CEM.

5. A conclusione della fase di esame della documentazione amministrativa e di verifica della sussistenza dei requisiti di ordine generale, di idoneità professionale e di capacità economico-finanziaria, A.M.S.A. e il costituendo R.T.I., con decisione assunta dalla commissione giudicatrice il 1° dicembre 2016 e comunicata ai concorrenti con nota del 2 dicembre 2016, sono stati ammessi alla gara.

6. All'esito dell'esame delle due offerte, quella dell'R.T.I. è risultata preferita dalla

commissione giudicatrice ed è stata assoggettata a verifica di congruità, esitata positivamente dal RUP.

7. Si giunge, così, all'aggiudicazione definitiva del contratto all'R.T.I., come comunicato da CEM il 17 febbraio 2017.

8. Nelle more, la società A.M.S.A. ha presentato, con nota del 31 gennaio 2017, trasmessa a mezzo pec il 5 febbraio 2017, una prima istanza di accesso agli atti, per ottenere copia degli atti della procedura, inclusa copia integrale dell'offerta dell'R.T.I.

Tale istanza ha ricevuto un riscontro parzialmente negativo, dal momento che la stazione appaltante ha differito l'ostensione dell'offerta dell'R.T.I. a data successiva all'aggiudicazione definitiva.

Indi, successivamente all'aggiudicazione, A.M.S.A. ha reiterato l'istanza di accesso, con nota del 20 febbraio 2017, inviata a mezzo pec il 22 febbraio 2017, riscuotendo un nuovo parziale diniego. 9. Per l'esattezza, con due comunicazioni, rispettivamente datate 20 e 23 febbraio 2017, la stazione appaltante - in accoglimento dell'opposizione alla totale ostensione da parte dell'R.T.I. - ha fornito copia dell'offerta tecnica, dell'offerta economica e delle giustificazioni della congruità dell'offerta dell'RTI, ma apponendovi numerosi e sostanziali omissis.

10. Con ricorso notificato tra il 20 e il 22 marzo 2017 e depositato il 20 marzo 2017, la società A.M.S.A. ha proposto ricorso contenente una pluralità di domande, rispettivamente, volte a ottenere:

a) - l'annullamento dell'aggiudicazione e dell'ammissione dell'R.T.I. tra Impresa Sangalli Giancarlo & C. S.r.l. e Ditta Colombo Biagio S.r.l.;

b) - in via subordinata alla precedente domanda, il risarcimento dei danni subiti e subendi da parte della ricorrente, qualora si dovesse rendere impossibile il subentro;

c) - l'annullamento del parziale diniego di accesso;

d) - la sospensione in via cautelare gli atti impugnati.

11. Si sono costituite CEM Ambiente e l'Impresa Sangalli, quest'ultima in proprio e in qualità di capogruppo-mandataria del costituendo R.T.I. con la Ditta Colombo Biagio S.r.l.

12. In vista della camera di consiglio fissata per la trattazione della domanda cautelare, tutte le parti costituite hanno depositato un'istanza, dalle stesse sottoscritta, con cui - dopo aver rappresentato l'impegno da parte resistente e controinteressata a non stipulare né dare esecuzione al contratto - hanno chiesto di dare atto della sopravvenuta carenza d'interesse alla decisione della domanda incidentale di sospensione, in precedenza proposta.

13. Con ordinanza n. 480, dell'11/04/2017, la sezione ha dichiarato estinta per rinuncia la fase cautelare del giudizio in epigrafe.

14. Il 12/04/2017 la controinteressata ha depositato ricorso incidentale, con cui ha impugnato:

a) la determinazione dell'Amministratore Unico di CEM Ambiente S.p.a. n. 4 del 17/02/2017, di aggiudicazione a favore della controinteressata della procedura de qua, nella parte in cui, approvando le risultanze delle operazioni di gara, ha collocato al secondo posto in graduatoria la ricorrente principale;

b) i processi verbali tutti della procedura de qua, laddove hanno ritenuto ammissibile e valutabile l'offerta della ricorrente principale, ovvero hanno attribuito alla stessa punti 39,30 per i criteri valutativi dell'offerta tecnica;

c) la p.e.c. del 08/03/2017 di CEM Ambiente S.p.a., recante diniego parziale di accesso agli atti formulato dalla ricorrente incidentale, chiedendo conseguentemente la condanna di CEM all'ostensione degli atti non concessi, oltrech  la declaratoria d'inammissibilit  del ricorso principale per carenza d'interesse.

15. Alla camera di consiglio del 18.05.2017, fissata per la trattazione delle istanze di accesso agli atti, presenti gli avv. A. Rosi per la parte ricorrente, E. Robaldo per la resistente CEM, M. Tenuta, in sostituzione di Boifava, per la controinteressata e ricorrente incidentale Impresa Sangalli, la causa di accesso   stata trattenuta in decisione, ex art. 116, co. 2 c.p.a.

16. Preliminarmente, osserva il Collegio come entrambe le parti in contesa argomentino l'illegittimit  delle determinazioni adottate, in punto di accesso, da parte resistente, sulla base di un unico motivo, che fa leva sulla violazione, sia pure sotto distinti profili, dell'art. 53 del d.lgs. 18.04.2016, n. 50.

17. In particolare, secondo l'impostazione della ricorrente principale, le determinazioni di accesso parziale adottate da CEM nei suoi confronti sarebbero illegittime, poich  assunte in violazione del comma 6, dell'articolo 53 citato, che imporrebbe senz'altro, qui, la prevalenza all'accesso defensionale esercitato da A.M.S.A., rispetto alla tutela dei segreti tecnici o commerciali, adottati dall'R.T.I. a sostegno dell'opposizione all'accesso e recepiti da CEM nelle premesse delle citate determinazioni.

Sul punto, la difesa della controinteressata afferma, in contrario avviso, che l'accesso defensionale sarebbe sempre recessivo al cospetto dell'esigenza di tutelare i segreti commerciali del concorrente, tra cui rientrerebbero, a pieno titolo, quelli prospettati dall'Impresa Sangalli; la stessa difesa contesta, poi, l'applicabilit  a favore della ricorrente dell'ipotesi di cui al citato comma 6, non avendo essa esplicitato le ragioni per cui l'accesso risulterebbe indispensabile per la tutela giurisdizionale delle sue ragioni.

18. Quanto, infine, al motivo svolto nel ricorso incidentale avverso l'accesso parziale adottato da CEM nei confronti dell'istanza dell'R.T.I., con esso si lamenta la violazione del comma 5, lett. a), dell'articolo 53, poich , ad avviso della ricorrente incidentale, le ipotesi evocate da A.M.S.A. per paralizzare l'accesso non sarebbero affatto riconducibili fra i segreti tecnici o commerciali richiamati dal predetto comma. In aggiunta, si lamenta anche il difetto di motivazione della determinazione dalla stazione appaltante, che non avrebbe esternato le

ragioni della ritenuta sussumibilità delle informazioni fornite da A.M.S.A. in sede di offerta, fra quelle idonee a comprovare la sussistenza di segreti tecnici o commerciali.

19. Tanto premesso, reputa il Collegio, in via preliminare, che entrambe le istanze di accesso siano ammissibili e possano essere trattate ai sensi dell'art. 116, comma 2 c.p.a. L'istanza di A.M.S.A. è senz'altro connessa con l'oggetto del giudizio principale dalla stessa promosso, volto all'annullamento dell'aggiudicazione disposta da CEM a favore dell'R.T.I., vertendo sulla documentazione di gara prodotta dall'aggiudicataria. Quanto all'istanza dell'R.T.I., sussiste la legittimazione della stessa, in qualità di ricorrente incidentale, ad azionare la tutela in materia di accesso ove, nel giudizio pendente in via principale, abbia proposto domanda di annullamento in via incidentale degli atti di gara, attesa la finalità istruttoria di tale strumento processuale (cfr. T.A.R. Veneto, I, ordinanza 26/05/2017, n. 512). Sussiste, altresì, l'interesse sotteso all'istanza di accesso della controinteressata, evidentemente sorto in dipendenza della domanda proposta in via principale da A.M.S.A., sicché l'istanza stessa è stata correttamente introdotta nell'odierno giudizio mediante ricorso incidentale, insieme alle domande annullatorie rivolte dall'R.T.I. avverso i provvedimenti adottati nel corso della gara per cui è causa.

20. Nel merito, ritiene il Collegio che tutti i documenti richiesti e, in particolare, le offerte tecniche – richieste da parte di entrambe le istanti -, e le giustificazioni dell'offerta economica – richieste da parte di A.M.S.A -, in quanto facenti parte della documentazione di gara, non si sottraggono al diritto di accesso azionato ai sensi dell'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016.

21. Al riguardo, preme in primo luogo richiamare il dato normativo di riferimento, chiarendo fin da subito che, la disciplina dettata al riguardo dal d.lgs. n. 50/2016, qui applicabile *ratione temporis*, risulta sostanzialmente sovrapponibile a quella in precedenza dettata dall'art. 13 del d.lgs. n. 163/2006 (cfr. in tal senso, da ultimo, T.A.R. Campania, Napoli, VI, 21/04/2017, n. 2195). Conseguentemente, reputa il Collegio che la giurisprudenza formatasi riguardo a quest'ultima norma è senz'altro riferibile anche all'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016.

22. Ebbene, la norma da ultimo indicata, così dispone, ai commi 5 e 6, per la parte qui d'interesse:

“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; ...

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

In base alla formulazione letterale e alla interpretazione sistematica della norma, tenuto conto

del bilanciamento di valori da essa attuato, si deve ritenere accordata la prevalenza all'accesso nei soli casi in cui si impugnino atti della procedura di affidamento, al fine di ottenerne l'annullamento o, comunque, il risarcimento del danno, anche in via autonoma (cfr. Cons. Stato, IV, 28.07.2016, n. 3431; id., sez. VI, 19.10.2009, n. 6993).

La partecipazione ad una gara di appalto pubblico comporta, in effetti, *“l'accettazione implicita da parte del concorrente delle regole di trasparenza e imparzialità che caratterizzano la gara, fermo restando l'obbligo, per il richiedente l'accesso, di utilizzare i documenti acquisiti esclusivamente per la cura e la difesa dei propri interessi giuridici”* (così, T.R.G.A., Sezione Autonoma di Bolzano, ordinanza 31/03/2017, n. 114).

L'accesso cd. difensivo o defensionale deve, quindi, ritenersi prevalente sulle contrapposte esigenze di tutela del segreto tecnico e commerciale, ma soltanto laddove il primo sia azionato *“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”* (cfr. sentenza n. 3431/2016 cit., che poi aggiunge: *“Da ciò consegue che, l'accesso cd. defensionale non può prevalere “ex se” sulla tutela del segreto tecnico o commerciale (cosa che potrà comunque avvenire nei casi in cui allo stesso non corrisponda una “motivata e comprovata dichiarazione”, come richiesta ex art. 53, co. 5, lett. a), nelle ipotesi in cui:*

- esso inerisce ad interessi diversi, quali il diritto di azione in sede civile nei confronti di soggetti privati per risarcimento danno da concorrenza sleale o per illecito extracontrattuale ovvero anche per sollecitare meramente l'intervento del giudice penale (essendo ciò escluso dal riferimento normativo ai casi relativi “alla procedura di affidamento del contratto”);

- ovvero per sollecitare poteri di autotutela dell'amministrazione (essendo ciò escluso dal riferimento alla “difesa in giudizio”). Sulla prevalenza accordata dall'art. 53, co. 6 citato all'accesso difensivo cfr., da ultimo, T.A.R. Lazio, Sezione Terza Ter, ordinanza del 21/02/2017, n. 2658).

23. La tutela del segreto tecnico o commerciale non può essere, a sua volta, opposta per la prima volta in sede di opposizione all'istanza di accesso, dovendo essere tale indicazione oggetto di esplicita dichiarazione resa in sede di offerta, come si desume:

- sul piano letterale, dai riferimenti effettuati alle “informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte”, e dalla dichiarazione, anch'essa resa dall' “offerente”, in ordine al dato che le stesse costituiscono segreto tecnico o commerciale;

- sul piano della ragionevolezza interpretativa, dal fatto che tale indicazione non può costituire un impedimento frapposto ex post dall'aggiudicatario, a tutela della posizione conseguita, nei confronti dell'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale da parte degli altri concorrenti (cfr. sentenza n. 3431/2016 cit.).

Compete, dunque, all'amministrazione aggiudicatrice, in sede di valutazione dell'istanza di accesso eventualmente pervenuta, sia la verifica dell'astratta inerenza del documento richiesto con la posizione soggettiva dell'istante e con gli scopi che questi intende perseguire

per il tramite dell'accesso, che la valutazione, sulla base della dichiarazione in precedenza resa dalla offerente, in ordine alla sussistenza di una "motivata e comprovata dichiarazione" da porre a fondamento dell'addotta inerenza del documento al segreto tecnico o commerciale.

24. Applicando le suesposte coordinate ermeneutiche alla fattispecie in esame, emerge, in primo luogo, la fondatezza del motivo dedotto nel ricorso principale, dovendosi senz'altro affermare la prevalenza, per le ragioni sin qui esposte, dell'accesso difensivo sulle ragioni di tutela del segreto tecnico o commerciale. Ai fini della prova della finalizzazione dell'accesso alla difesa in giudizio, poi, è sufficiente quanto indicato da A.M.S.A., a proposito della necessità di verificare l'esistenza di vizi ulteriori degli atti di gara, tenuto anche conto della pendenza del giudizio principale nel quale la stessa A.M.S.A. ha già lamentato plurimi vizi afferenti la gara in questione. Tanto basta, quindi, a giustificare il pregiudizio dalla stessa lamentato in ordine all'oscuramento di una parte dell'offerta tecnica e di una parte delle giustificazioni della congruità dell'offerta economica da parte di CEM.

Anche rispetto all'istanza dell'R.T.I. sussiste, d'altro canto, analoga esigenza difensiva sottesa all'accesso e correlata alla verifica di ulteriori vizi rispetto a quelli già sollevati con domanda in via riconvenzionale della controinteressata, al fine di ottenere il declassamento o addirittura l'esclusione di A.M.S.A. dalla graduatoria.

25. Quanto alle censure della ricorrente incidentale, risulta effettivamente del tutto assente nella determinazione impugnata ogni valutazione da parte della resistente, in ordine alla sussistenza della "motivata e comprovata dichiarazione", richiesta dall'art. 53, co. 5 lett. a) citato, a fondamento dell'addotta inerenza del documento al segreto tecnico o commerciale.

Risulta, d'altro canto, del tutto sfornita di prova, per vero sia da parte di A.M.S.A. che della stessa Impresa Sangalli, la risaleza, già in sede di presentazione dell'offerta, dell'affermazione del carattere riservato delle informazioni tecniche contenute nelle rispettive offerte.

26. In siffatte evenienze risultano, quindi, fondate le censure di violazione dell'art. 53 d.lgs. citato, come sopra formulate sia da parte ricorrente (sub n. 17), che da parte della controinteressata- ricorrente incidentale (sub n. 18).

In entrambi i casi, ricorrendo tutti gli elementi richiesti dall'art. 53, co. 6 del d.lgs. n. 50/2016, l'amministrazione avrebbe dovuto, alla luce della dirimente ponderazione degli opposti interessi ivi operata, riconoscere la prevalenza del diritto di accesso difensivo rispetto alle informazioni costituenti segreti tecnici o commerciali degli offerenti.

27. Per le suesposte ragioni, quindi, va accolto sia il ricorso di A.M.S.A. che quello dell'Impresa Sangalli avverso i parziali dinieghi di accesso alla integrale conoscenza dei documenti richiesti, ad esse rispettivamente comunicati da CEM Ambiente S.p.a., con conseguente obbligo di quest'ultima di fornire copia dei predetti documenti, ovvero delle parti oscurate degli stessi, entro il termine di venti giorni, decorrenti dalla comunicazione della presente ordinanza.

28. La decisione in ordine alle spese è rinviata alla sede del merito.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sulle domande di accesso, rispettivamente formulate dalla ricorrente principale e da quella incidentale:

- le accoglie e, per l'effetto, accerta il diritto delle stesse società di accedere ai documenti richiesti, nei sensi e nei termini indicati in motivazione;
- ordina all'amministrazione resistente di consentire alle dette società l'accesso alla chiesta documentazione, nei sensi e nei termini di cui in motivazione.

Spese rinviate alla decisione in sede di giudizio principale.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 18 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Concetta Plantamura, Consigliere, Estensore

Da Assegnare Magistrato, Consigliere