

La latitudine del cd. “accesso difensivo” alla prova del d.lgs n. 50/2016

di Michele Di Donna

Data di pubblicazione: 17-7-2017

1. Non deve escludersi l'interesse all'accesso ex art. 53, comma 6, d.lgs n. 50/2016 dell'o.e. secondo in graduatoria all'offerta tecnica dell'aggiudicataria, nonostante la mancata impugnazione dell'aggiudicazione della gara, essendo evidente l'utilità che l'istante possa ricavare dalla conoscenza degli atti richiesti per l'esercizio del suo diritto alla difesa.

2. La stazione appaltante deve riconoscere la prevalenza del diritto d'accesso, esercitato per fini difensivi da un o.e., rispetto alle informazioni, quand'anche costituenti segreto tecnico e commerciale, dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria, ove sussistono tutti gli elementi richiesti dall'art. 53, comma 6 del d.lgs. n. 50/2016.

(1) Conforme: T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 7 luglio 2016, n. 895. Non sono stati rinvenuti precedenti difformi.

(2) Non sono stati rinvenuti precedenti conformi e difformi.

Guida alla lettura

Il caso oggetto della pronuncia segnalata involge **l'accesso ex art. 53, comma 6, d.lgs. n. 50/2016** effettuato da una società, seconda classificata, interessata all'ostensione dell'**offerta tecnica** dell'aggiudicataria di una gara indetta da un Ambito di raccolta ottimale (A.R.O.) per l'affidamento della **direzione dell'esecuzione** del contratto di gestione del **servizio integrato di igiene urbana**.

La stazione appaltante recepisce un **diniego**, benché **parziale**, all'istanza fondandolo sull'opposizione motivata della controinteressata, la quale riteneva compromesso il **diritto alla riservatezza** in merito a **segreti tecnici e commerciali** contenuti nella sua proposta metodologica.

Avverso il provvedimento negativo, l'o.e. ha proposto ricorso ex art. 116 c.p.a., lamentando la violazione del citato comma 6° dell'art. 53.

Il Comune capofila dell'A.R.O., costituitosi in giudizio, ha eccepito preliminarmente l'inammissibilità del gravame per **difetto d'interesse**, in quanto **non** era stata **impugnata** dalla ricorrente **l'aggiudicazione dell'appalto** in favore dell'impresa opponente l'ostensione alle informazioni riservate; aggiudicazione, del resto, adottata in precedenza rispetto

all'instaurazione del giudizio. Sicché la resistente P.A. ha stigmatizzato il venir meno della *ratio* di tutela a fondamento della disciplina dell'accesso, come ribadita nel nuovo Codice dei contratti pubblici.

Soggiungeva, in fatto, la stazione appaltante che l'aggiudicataria era in possesso di un brevetto software per la progettazione dei servizi di gestione integrata dei rifiuti urbani e che aveva informato la ricorrente del **know how aziendale** fornito a uso esclusivo della P.A..

Alla Camera di consiglio cautelare, la causa è stata trattenuta in decisione per il merito.

Il T.A.R. di Bari, con la sentenza segnalata, ha respinto *in primis* l'eccezione di inammissibilità del gravame, ritenendo sussistente l'interesse all'accesso della ricorrente, poiché non ha escluso l'**utilità** che quest'ultima avrebbe potuto trarre dalla conoscenza dei documenti per le suesposte **finalità difensive**. In particolare, confermando una pronuncia su un caso analogo (sez. III, 7 luglio 2016, n. 895), l'adito G.A. ha evidenziato come l'accesso dovesse essere comunque assicurato a prescindere dall'effettiva utilità conseguita dal soggetto istante e nonostante la **decadenza** dei termini per l'impugnazione, ovvero l'**infondatezza** della pretesa avanzata dal concorrente alla gara.

È appena il caso di rilevare come questa parte della pronuncia susciti talune perplessità in merito alla ravvisata esistenza dell'interesse dell'impresa all'accesso, pur con la mancata impugnazione del provvedimento di aggiudicazione alla gara; infatti, stante l'**indole "soggettiva" del processo amministrativo**, potrebbe non agevolmente comprendersi l'utilità che l'o.e. desumerebbe dall'ostensione del *know how* secretato dell'aggiudicataria.

Il Collegio barese, quanto al merito del gravame, ha ritenuto fondate le censure sollevate per violazione del comma 6° dell'art. 53, il quale, com'è noto, **deroga alle prescrizioni** previste al **comma 2, lett. c) e al comma 5, lett. a)** della norma. Nello specifico, la prima dispone che l'accesso è differito a un momento (aggiudicazione) della procedura in cui il suo esercizio non potrà più incidere negativamente sullo svolgimento regolare delle operazioni di gara; l'altra stabilisce testualmente che (fatta salva la disciplina prevista per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza) è **escluso il diritto d'accesso** 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**.

Per tal ragione, stante la circostanza per cui l'opposizione all'accesso da parte della controinteressata era stata manifestata solo in seguito all'aggiudicazione dell'appalto, il Collegio ha ravvisato l'**illegittimità** del provvedimento di diniego parziale e il conseguente riconoscimento della **prevalenza del diritto d'accesso a fini difensivi rispetto alla riservatezza delle informazioni**, pur secretate, contenute nell'offerta tecnica dell'aggiudicataria.

REPUBBLICA ITALIANA**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia****(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1422 del 2016, proposto da:
Studio Cincavalli De Pascali Ingegneri Associati, in persona degli ingegneri Giuseppe Cincavalli e Dario De Pascali, in proprio e nella qualità di capogruppo della costituenda ATI con Smart Eng. S.r.l.- Lozuane - Loi, rappresentati e difesi dagli avvocati Marco Lancieri, Luigi Bruni, con domicilio eletto presso lo studio Marco Lancieri in Bari, via Vito Nicola De Nicolò, n. 7;

contro

Comune di Modugno, in proprio e in qualità di Ente Capofila dell'Associazione tra Comuni denominata Aro Bari 2, in persona del Sindaco legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Elena Cafaro, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via Dalmazia, n.161;

nei confronti di

E.S.P.E.R. S.r.l. non costituito in giudizio;

per l'annullamento

del diniego parziale del 21.10.2016, reso dall'amministrazione sull'istanza di accesso inviata a mezzo PEC in data 23.09.2016, ai documenti relativi al progetto - offerta tecnica (c.d. proposta metodologica) affidamento servizio integrato igiene urbana Aro Ba 2;

nonché per l'accertamento e la declaratoria

del diritto di accesso ai documenti (ex art. 116 c.p.a.) richiesti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Modugno, in proprio e in qualità di Ente Capofila Associazione tra Comuni Denominata Aro Bari 2;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 giugno 2017 la dott.ssa Cesira Casalanguida;

Uditi per le parti i difensori come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con istanza di accesso del 23.09.2016, parte ricorrente come in epigrafe indicata, in qualità di soggetto secondo classificato nella gara per l'affidamento del servizio di direzione dell'esecuzione del contratto integrato di Igiene Urbana, indetta dall'ARO BA/2 con determinazione n. 521/2016 del 30.05.2016, ha chiesto copia della documentazione inerente la proposta tecnica della società Esper s.r.l., aggiudicataria provvisoria.

Espone che la documentazione è stata fornita in data 21.10.2016 dall'amministrazione, ma oscurata in parti ritenute essenziali e che, nonostante apposita segnalazione, non è seguito alcun riscontro dall'ente intimato.

2. - Con ricorso notificato il 21.11.2016 e depositato il 7.12.2016, ha chiesto l'annullamento del diniego parziale all'istanza di accesso, richiamando a supporto della propria pretesa l'art. 53 comma 6 del **D. Lgs. 50/2016**.

3. - Il Comune di Modugno si è costituito in giudizio il 25.05.2017, in proprio e in qualità di Ente capofila dell'Aro BA/2.

Con successiva memoria del 29.5.2017 ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse. Ha sostenuto che l'interesse di parte ricorrente riferito alla gara sia venuto meno essendo essa stata aggiudicata con determinazione n. 1031 del 17.10.2016, come comunicato agli ingegneri associati con nota pec dell'8.11.2016, che non sarebbe stata impugnata nei termini prescritti.

Ha richiamato, inoltre, l'art. 53 commi 5 lett. a) e 6 del **D.Lgs. 50/2016** posto a tutela del segreto commerciale. Ha riferito che l'aggiudicataria Esper s.r.l. sarebbe titolare di un brevetto software per la progettazione di dettaglio dei servizi di gestione integrata dei rifiuti urbani, oggetto di tutela in quanto opera dell'ingegno dalle norme sul diritto d'autore (art.64 bis L. 633/1941). Ha aggiunto che la valutazione dell'offerta tecnica rientrerebbe nella discrezionalità dell'amministrazione e che la quella riferita alla proposta metodologica si colloca nell'ambito di un giudizio complessivo e non sarebbe espressione dell'attribuzione di singoli punteggi.

Il Comune ha anche depositato la nota prot. 49342 del 15.09.2016, con cui la Esper s.r.l. ha manifestato motivata opposizione alla richiesta di accesso agli atti, ritenendo compromesso il diritto alla riservatezza di “*segreti, tecnici e commerciali*”, ai sensi dell’art. 53 comma 5 e dell’art. 83 del **D.Lgs 50/2016**, specificando che la proposta metodologica contiene il *know how* che è stato fornito ad uso esclusivo della p.a.

4. – Alla camera di consiglio del 14.06.2017, sentite le parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

5. – Secondo l’impostazione di parte ricorrente, la determinazione di accesso parziale adottata dall’ente resistente nei suoi confronti sarebbe illegittima, poiché assunta in violazione del comma 6, dell’articolo 53 **D. Lgs 50/2016**, che imporrebbe senz’altro la prevalenza all’accesso defensionale, rispetto alla tutela dei segreti tecnici o commerciali, addotti dall’aggiudicataria Esper s.r.l. a sostegno dell’opposizione all’accesso e recepiti dal Comune intimato.

Aggiunge, inoltre, che nell’opposizione all’istanza di accesso di Esper s.r.l. non sarebbe indicato alcun brevetto, e che l’amministrazione non avrebbe versato in atti documentazione idonea ad attestarne l’effettiva esistenza.

Il Comune contesta l’applicabilità a favore dei ricorrenti dell’ipotesi di cui al citato comma 6, non avendo essi impugnato l’aggiudicazione definitiva della gara in questione, tanto da sostenere che sarebbero venute meno le esigenze di tutela giurisdizionale delle proprie ragioni per cui l’accesso risulterebbe indispensabile.

6. - Il ricorso deve essere accolto per le ragioni di seguito esposte.

6.1. - Il Collegio ritiene, preliminarmente, che permanga in capo a parte ricorrente l’interesse all’accesso in quanto sulla scorta di una valutazione prognostica, allo stato attuale non può escludersi sotto un profilo oggettivo l’utilità, ricavabile dalla conoscenza degli atti di cui all’istanza, per le esigenze difensive perseguite.

Come già affermato in precedente pronuncia della Sezione, citata anche da parte ricorrente, (sentenza n. 895/2016) *“l’accesso, in quanto strumentale ad imparzialità e trasparenza dell’azione amministrativa (art. 22, comma 2, L. n. 241/1990) nei confronti sia di titolari di posizioni giuridiche qualificate che di portatori di interessi diffusi e collettivi (art. 4 DPR n. 184/2006), deve comunque essere assicurato a prescindere dall’effettiva utilità che il richiedente ne possa trarre e, dunque, è ammissibile anche quando siano decorsi i termini per l’impugnazione o se la pretesa sostanziale che sottende l’accesso sia infondata”*.

Il soggetto ricorrente, inoltre, quale secondo classificato in graduatoria, per giurisprudenza consolidata, riveste *“una posizione particolarmente qualificata nell’ambito della procedura di gara”* e solo per questo *“il diritto di accesso dal medesimo esercitato si configura strumentale ad un’eventuale azione giudiziaria, così da dover essere in ogni caso assentito”* (T.A.R. Lombardia – Milano, Sezione III, 15 gennaio 2013, n. 116).

La pendenza del presente giudizio, al momento dell'aggiudicazione definitiva della gara i cui documenti costituiscono oggetto della domanda di accesso, costituisce ulteriore elemento idoneo a confermare la permanenza dell'interesse all'ostensione rivendicato dagli ingegneri dello Studio associato in qualità di concorrenti.

6.2. – Il Collegio ritiene, altresì, dirimente ai fini della presente decisione il richiamo dell'art 53 del codice degli appalti, in particolare, dei commi 5, lett. a), e 6 dell'art. 53 del **d.lgs. n. 50 del 2016**.

Più specificamente, tale norma– dopo aver previsto che il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli articoli 22 e ss. della legge 7 agosto 1990, n. 241 – contiene una serie di prescrizioni specifiche in materia di procedure di aggiudicazione. Innanzitutto, sancisce che, in relazione alle offerte, il diritto di accesso è differito fino all'aggiudicazione. Prevede inoltre che *“il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione sono esclusi 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”* (art. 53 comma 5 lett a), già contenuto nell'art. 13, comma 5 lett. a), del **D.Lgs. 163/2006**). Tuttavia, anche in relazione a tale ipotesi, consente l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto (art. 53 comma 6).

Nel caso in esame, occorre intanto rilevare che risulta sfornita di prova la risaleza, già in sede di presentazione dell'offerta, dell'affermazione del carattere riservato delle informazioni tecniche contenute nella proposta metodologica, avendo la controinteressata Esper s.r.l. manifestato opposizione all'accesso in data 14.09.2016, dunque, solo successivamente all'aggiudicazione provvisoria (del 5.8.2016) e con specifico riferimento alla comunicazione di avvenuta richiesta di accesso.

Risultano, inoltre, fondate le censure di violazione dell'art. 53 **d.lgs. 50/2016**, in particolare, del comma 6, in considerazione della posizione qualificata nell'ambito della procedura di gara del richiedente (2° classificato), come sopra rimarcato.

6.3. - Ricorrendo tutti gli elementi richiesti dall'art. 53, co. 6 del **d.lgs. n. 50/2016**, in definitiva, l'amministrazione avrebbe dovuto, dopo l'aggiudicazione, alla luce della ponderazione degli opposti interessi ivi operata, riconoscere comunque la prevalenza del diritto di accesso difensivo rispetto alle informazioni della proposta metodologica della prima classificata, quand'anche costituenti segreto tecnico o commerciale, attesa l'esplicita formulazione dalla norma in questione.

7. - Ne consegue che il ricorso deve essere accolto, con declaratoria dell'obbligo a carico dell'Amministrazione di attivare il procedimento per il rilascio di tutti documenti oggetto dell'istanza, i quali potranno essere messi a disposizione di parte ricorrente.

L'accesso, mediante estrazione di copia, andrà consentito entro il termine di trenta giorni decorrente dalla comunicazione, o se anteriore, dalla notificazione della presente decisione.

8. – Si ravvisano giuste ragioni per disporre, in via del tutto eccezionale, l'integrale compensazione delle spese del presente giudizio, in considerazione delle peculiarità della vicenda.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla la nota prot. 57402 del 21.10.2016 ed ordina al Comune di Modugno, in proprio e in qualità di ente capofila dell'Associazione tra Comuni Aro Bari 2, di consentire alla parte ricorrente l'accesso agli atti indicati nell'istanza di accesso del 23.09.2016, entro il termine di trenta giorni decorrente dalla comunicazione, o se anteriore, dalla notificazione della presente decisione.

Spese compensate.

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