

Publicato il 07/05/2019

N. 02449/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00238/2019 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 Campania

(Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 238 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da A.I.C.S. – Associazione Italiana Cultura e Sport Anche in qualità di Mandataria del Costituito Ats, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Toledo 323;

contro

Comune di Ercolano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Nicola Mainelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Portici, via Roma,60;

nei confronti

Associazione Arcipelago della Solidarietà, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Mario Colella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Centrale Unica di Committenza Portici – Ercolano – San Giorgio – San Sebastiano non costituito in giudizio;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

Per l'annullamento, previa sospensiva dell'efficacia anche ex art. 56 c.p.a., a) del provvedimento prot. n. 2022 del 14.1.2019 con cui il Comune di Ercolano ha rigettato le osservazioni della ricorrente volte al diniego dell'istanza di accesso agli atti presentata dall'Associazione Arcipelago della solidarietà in data 12.11.2018 ed è stato pertanto consentito l'accesso alla documentazione richiesta nonostante l'opposizione; b) del provvedimento, ad oggi non conosciuto, con cui il Comune di Ercolano ha esplicitamente autorizzato la controinteressata ad ottenere copia dei documenti richiesti con l'istanza di accesso del 12.11.2018; c) ove e per quanto lesivi di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, anche non conosciuti che ci si riserva di impugnare espressamente con ricorso per motivi aggiunti.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da A.I.C.S. – ASSOCIAZIONE ITALIANA CULTURA E SPORT ANCHE IN QUALITÀ DI MANDATARIA DEL COSTTUITO ATS il 5\2\2019 :

Per l'annullamento, previa sospensiva dell'efficacia anche ex art. 56 c.p.a., a) del provvedimento prot. n. 2022 del 14.1.2019 con cui il Comune di Ercolano ha rigettato le osservazioni della ricorrente volte al diniego dell'istanza di accesso agli atti presentata dall'Associazione Arcipelago della solidarietà in data 12.11.2018 ed è stato pertanto

consentito l'accesso alla documentazione richiesta nonostante l'opposizione; b) del provvedimento, ad oggi non conosciuto, con cui il Comune di Ercolano ha esplicitamente autorizzato la controinteressata ad ottenere copia dei documenti richiesti con l'istanza di accesso del 12.11.2018; c) ove e per quanto lesivi di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, anche non conosciuti che ci si riserva di impugnare espressamente con ricorso per motivi aggiunti nonché avverso e per l'annullamento: del provvedimento prot. n. 1687 dell'11.1.2019, già impugnato sub b) del ricorso introduttivo, con cui il Comune di Ercolano ha disposto il “formale accoglimento all'istanza di accesso di cui trattasi, per le cui modalità attuative si invita codesta Associazione a contattare il RUP drssa Bianca Giliberti”.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Ercolano e di Associazione Arcipelago della Solidarietà;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 3 aprile 2019 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 e DIRITTO

Parte ricorrente, risultata aggiudicataria, giusta determinazione dirigenziale n. 5/22/339 del 27.9.2018, comunicata a mezzo PEC in data 4.10.2018, della procedura di gara avente ad oggetto i “Servizi integrati per l'accoglienza, la tutela e l'integrazione dei richiedenti/titolari di protezione internazionale ospiti del Centro territoriale SPRAR triennio 2017/2019 – D.D. n. 5/22/395/2017 Gara CIG 73645625C89 – Efficacia proposta

aggiudicazione” ha impugnato il provvedimento n. 2022/2019, con cui il Dirigente del Settore Servizi Sociali del Comune di Ercolano ha rigettato le osservazioni rese dalla stessa ricorrente, controinteressata nel procedimento di accesso e volte al diniego della istanza di accesso agli atti inoltrata in data 12/11/18 dalla (odierna ed ivi richiedente) controinteressata Associazione Arcipelago della Solidarietà per la acquisizione di copia della documentazione depositata dalla ricorrente ai fini della partecipazione alla procedura di gara de qua.

Avverso il richiamato provvedimento di diniego, la ricorrente propone alcuni motivi di impugnazione (Violazione e falsa applicazione di legge (art. 22 e ss. L. 241/90; art. 53 D.Lgs. 50/2016; art. 97 Cost.) – Eccesso di potere – Erronea motivazione – Difetto di istruttoria – Contraddittorietà – Insussistenza dei presupposti di fatto e di diritto), riprendendo le argomentazioni oppostive svolte in sede di procedimento di accesso ove aveva segnalato al Comune resistente l’assenza di concrete finalità difensive dell’istanza di accesso della controinteressata, stante l’intervenuta decadenza a fine ottobre del termine impugnatorio stabilito dal D.lgs. 104/2010 avverso il provvedimento di aggiudicazione; il carattere meramente esplorativo dell’istanza in parola – desumibile dal dichiarato intento di verificare correttezza e veridicità degli atti richiesti – che si risolve in controllo astratto e generalizzato sia dell’operato della S.A. sia della documentazione tecnica, amministrativa ed economica presentata dalla scrivente in sede di gara , unitamente all’assenza dell’indicazione di una ragione specifica per cui l’Arcipelago della Solidarietà ha richiesto l’ostensione dei documenti in parola; la sussistenza, infine, di informazioni e segreti commerciali nell’offerta tecnica della odierna ricorrente, con particolare riferimento all’organizzazione del lavoro e delle attività da compiere, che, laddove diffuse, avrebbero comportato immaginabili danni agli interessi della ricorrente.

Si costituivano l’amministrazione intimata e la controinteressata per contestare la fondatezza e l’ammissibilità del ricorso iniziale e per motivi aggiunti.

Alla camera di consiglio del 4 aprile 2019 la causa è stata trattenuta indecisione

Il ricorso è infondato e va respinto per le ragioni che seguono, potendosi pertanto prescindere dalle eccezioni in rito sollevate dalle parti resistente e controinteressata.

Va premesso, in termini di principio e sul piano della generale disciplina del c. accesso esterno od informativo ex artt. 22 e ss. L. 241/1990, che il diritto di accesso agli atti della Pubblica Amministrazione non costituisce una pretesa solo strumentale alla difesa in giudizio della situazione sottostante, essendo diretto al conseguimento di un autonomo bene della vita, pertanto la domanda giudiziale tesa ad ottenere l'accesso ai documenti è indipendente sia dalla sorte del processo principale sia dall'eventuale infondatezza o inammissibilità della domanda giudiziale che il richiedente, una volta conosciuti gli atti, potrebbe proporre: ne discende, quanto al caso di specie ed in relazione all'asserita carenza di un interesse diretto, attuale e concreto connesso ad un presunta genericità della motivazione sottesa all'istanza ostensiva, che, in senso contrario, la posizione procedimentale assunta dall'odierna controinteressata (quale concorrente alla predetta selezione pubblica e collocata nella seconda posizione della graduatoria in esame) e l'oggetto della richiesta di accesso (visione ed estrazione di copia degli atti ricompresi nel plico della offerta esibita dalla odierna ricorrente) integrano la titolarità di una posizione corrispondente ad un interesse differenziato sorretto da una qualificata situazione legittimante.

Quanto poi alla disciplina settoriale racchiusa nell'art. 53 del D. Lgs 50/2016 (che comunque, per tutto quanto non diversamente regolato, rinvia alla citata normativa generale in funzione di copertura normativa residuale), va osservato come nel caso di specie, per un verso ed in negativo, non ricorra la (eccezionale, siccome derogatoria rispetto al generale principio di trasparenza e di accessibilità di cui al comma 1) ipotesi di (temperata) esclusione di cui al comma 5 lett. a) (segreti tecnici e commerciali); e per altro verso ed in positivo, in ogni caso operi la deroga all'eccezione di cui sopra (con conseguente riaffermazione del principio generale) contemplata dal successivo comma 6 (accesso del concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto).

Ed, invero, quanto al primo aspetto, si premette che la norma, da interpretare restrittivamente e senza opzioni ermeneutiche di stampo estensivo od analogico in quanto eccezione al principio di generale ostensibilità, esclude dall'accesso, salvo il temperamento di cui si dirà, le (sole) informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali: orbene, posto che nel caso di specie vengono in rilievo informazioni relative all'organizzazione del lavoro e delle attività della odierna ricorrente (da essa così qualificate, in quanto frutto della diretta e pluriennale esperienza maturata nel tempo, nella nota di opposizione allo accesso agli atti 21.12.18), proprio per l'assenza del dimostrato riferimento a puntuali condizioni di esclusività ovvero al possesso di brevetti o puntuali situazioni di qualificato know how), le stesse non possono corrispondere ai tassativi parametri imposti dalla citata disposizione eccezionalmente eccettuativa al principio ostensivo.

Per altro verso ed in ogni caso, non può condividersi la prospettazione ricorsuale per cui non opererebbe il temperamento a siffatta esclusione introdotto dal successivo comma 6 (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 ragione dello spirare del termine per impugnare, ai fini caducatori, il provvedimento di aggiudicazione della gara de qua.

Sul piano normativo appare opportuno, riprendendo spunti sopra accennati e sinteticamente evocati, 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 euro-unitario in materia (articolo 21 Riservatezza DIR 24/2014; articolo 39 Riservatezza DIR 25/2014; articolo 28 Riservatezza DIR 23/2014), oggi peraltro da sottoporre ad complessiva riconsiderazione e prospettica analisi alla luce

del nuovo quadro assiologico emergente dal Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (General Data Protection Regulation o GDPR).

Il raccordo tra i due corpi normativi è realizzato per effetto dell'espresso 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, come in precedenza evidenziato, 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, entro le quali peraltro non può sussumersi la fattispecie concreta qui in esame per le ragioni dianzi esposte, 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 casi e venendo allo specifico motivo di censura, 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 ed ai fini che qui maggiormente rilevano, 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 ricorrente 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 riesplorazione e riaffermazione del diritto generalmente riconosciuto nel nostro ordinamento di accedere agli atti, possono ben essere considerate “eccezioni all'eccezione” e, dunque, nuovamente regola.

In definitiva, essendo stati correttamente valutati i presupposti normativamente previsti per disporre l'esibizione della richiesta documentazione, il ricorso, iniziale e per motivi aggiunti, va respinto.

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 Campania (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sul ricorso, iniziale e per motivi aggiunti, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 3 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Passoni, Presidente

Davide Soricelli, Consigliere

Carlo Buonauro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Carlo Buonauro

IL PRESIDENTE

Paolo Passoni

IL SEGRETARIO