

TAR Milano, sezione terza, sentenza n. 116 del 15 gennaio 2013

Accesso agli atti di gara ex art. 13 del D.lgs. 163/06 – Rigettato l'accesso per tutela del segreto industriale e commerciale – Illegittimo il rigetto mancante dei presupposti per ritenere la documentazione richiesta come riservata

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 per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2432 del 2012, proposto da:
Bruber S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv., con domicilio eletto presso la
Segreteria del Tar;

contro

Provincia di Pavia, non costituita in giudizio;

nei confronti di

Cerutti Costruzioni S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento della Provincia di Pavia – Settore Lavori Pubblici prot. N. 48972/2012, del 26.7.2012, con cui è stata respinta la domanda di accesso presentata in data 19.6.2012, concernente gli atti di gara presentati dalla ditta Cerutti Costruzioni, per l'affidamento del servizio sfalcio erba e manutenzione verde lungo le strade provinciali della Zona Oltrepo, per l'anno 2012; nonché per l'accertamento del diritto ad avere accesso agli atti di gara e comunque a tutta la documentazione prodotta dalla ditta aggiudicataria.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2012 la dott. Silvana Bini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

I) La società ricorrente ha partecipato alla gara indetta dalla Provincia di Pavia, per l'affidamento del servizio “sfalcio d'erba e manutenzione del verde lungo le strade provinciali per la Zona Oltrepo”.

Essendosi classificata al secondo posto, dopo la ditta Cerutti, ha chiesto, con istanza del 31 maggio 2012, copia degli atti di gara, nonché i documenti e le offerte tecniche di ogni partecipante alla procedura.

La Provincia, con nota del 12 giugno 2012, differiva l'accesso alla notificazione dell'atto di aggiudicazione definitiva, determinando il contributo da versare in € 480,00.

Al fine di ridurre la somma richiesta, la ricorrente, con nota del 19 giugno 2012, limitava la richiesta “alla documentazione inerente l'offerta presentata dalla aggiudicataria Cerutti Costruzione”.

A fronte del diniego presentato dalla stessa Cerutti, con provvedimento a firma del Responsabile del Settore Lavori Pubblici prot. N. 48972/2012, del 26.7.2012, la domanda veniva respinta, sull'assunto che “l'offerta tecnica e le giustificazioni presentate per sostenere l'affidabilità della società Cerutti Costruzioni sono sottratte all'accesso ai sensi dell'art 13 comma V lett. a) D. L. gs. 163/2006”.

L'Amministrazione, recependo la posizione della controinteressata, afferma la prevalenza dell'interesse alla riservatezza della Cerutti, “per la salvaguardia dei

propri segreti tecnici e commerciali” rispetto all’interesse fatto valere dal richiedente.

Avverso il diniego parte ricorrente ha articolato i seguenti motivi di diritto:

violazione e falsa applicazione degli artt. 13 e 79 D. Lgs. 163/2006; degli artt. 3,7,21 bis e 22 L. 241/90; degli artt. 3,24 e 97 Cost., eccesso di potere per difetto di motivazione, manifesta ingiustizia e travisamento dei fatti: sostiene la ricorrente l’illegittimità del diniego, stante la sua posizione di partecipante alla gara e l’assenza di presupposti per ritenere la documentazione richiesta come riservata.

Nessuna delle parti intime si è costituita in giudizio.

Alla camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2012 il ricorso veniva trattenuto in decisione.

II) Il ricorso è fondato.

Va premesso che la ricorrente chiede l’accesso agli atti della gara, cui ha partecipato, classificandosi al secondo posto.

Ricopre quindi una posizione qualificata all’esercizio del diritto di accesso, a tutela di un interesse evidentemente funzionale ad una eventuale azione giudiziaria, avverso gli atti di gara.

Nel provvedimento di diniego viene richiamato l’art 13 comma 5 lett. a) del D. Lgs. n. 163 del 2006, in base al quale: "Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti segreti 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 dagli offerenti nell’ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell’offerente, segreti tecnici o commerciali”.

Secondo la prevalente interpretazione la disposizione ha introdotto un’ipotesi di speciale deroga rispetto alla disciplina di cui alla legge n. 241 del 1990, da applicare esclusivamente nei casi in cui l’accesso sia inibito in ragione della tutela di segreti

tecnici o commerciali motivatamente evidenziati dall'offerente in sede di presentazione dell'offerta (Cons. St., Sez. VI, 30.7.2010 n. 5062, 19.10.2009, n. 6393).

Nella specie, la Provincia ha richiamato la disposizione sopra riportata, senza tuttavia rappresentare quali fossero le specifiche ragioni di tutela del segreto industriale e commerciale, in riferimento a precisi dati tecnici, dati che avrebbero già dovuti essere indicati in sede di offerta.

Mentre di tale indicazione non vi è alcuna prova.

La disposizione si riferisce infatti a documentazione suscettibile di rivelare il *know-how* industriale e commerciale contenuto nelle offerte delle imprese partecipanti, in modo da evitare che operatori economici in diretta concorrenza tra loro possano utilizzare l'accesso per giovare delle specifiche conoscenze possedute da altri, al fine di conseguire un indebito vantaggio commerciale all'interno del mercato.

E' difficile immaginare in un servizio di manutenzione del verde, in cui sono utilizzati ordinari mezzi agricoli e viene utilizzato personale tecnico con funzioni di operatore giardiniere, quale possa essere il "segreto tecnico o commerciale" da tutelare, dal momento che ciò che assume maggiore rilevanza, anche in termini di punteggio nella gara, è l'aspetto organizzativo del servizio (cioè la ripartizione del lavoro, la tipologia di interventi operativi, il contratto di lavoro applicato e il piano di formazione dei dipendenti) ambito in cui non è configurabile un *know-how* commerciale o industriale.

Pertanto, a fronte dell'istanza di accesso agli atti presentata dalla ricorrente, in assenza di una esplicita e comprovata esistenza di segreto industriale o commerciale custodito negli atti di gara, il diritto di accesso non poteva essere escluso.

Per tale ragione, il ricorso va accolto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto ordina alla Provincia di Pavia di rilasciare copia degli atti oggetto della richiesta del 19.6.2012, entro il termine di giorni trenta dalla comunicazione o notifica della presente sentenza.

Quantifica le spese di giudizio in € 1.000,00, condannando la Provincia di Pavia e la società controinteressata al pagamento ciascuna di € 500,00 (cinquecento,00), oltre oneri di legge, a favore della ricorrente.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/01/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)