

Tar Veneto, sezione prima, ordinanza n. 512 del 26 maggio 2017

Accesso alla documentazione amministrativa –Legittimità ex art. 53 co. 2 D.lgs. 50/2016 – Limiti fino all’aggiudicazione solo per le offerte tecnico-economiche

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

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 153 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Impresa di Costruzioni Gallo Road S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati, con domicilio ex art. 25 c.p.a., presso la Segreteria del T.A.R.;

contro

Etra S.P.A. Energia Territorio, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato, domiciliata ex art. 25 cpa presso la Segreteria del T.A.R.;

nei confronti di

Frimat S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. in Venezia,

Ar.Co. Lavori Società Cooperativa Consortile non costituito in giudizio;

Per l'annullamento del provvedimento di Etra s.p.a. del 14.2.2017, con il quale quest'ultima ha negato all'impresa Gallo Road l'accesso agli atti, dalla stessa richiesto con istanza in data 24.1.2017;

Quanto all'istanza proposta dalla Frimat s.p.a.;
per l'annullamento del provvedimento di Etra s.p.a. del 20.02.2017 di diniego dell'accesso alla documentazione amministrativa della Gallo Road richiesto dalla Frimat in data 15.02.2017;

Vista l'istanza di accesso incidentalmente proposta dalla ricorrente ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a.;

Vista l'istanza di accesso incidentalmente proposta dalla Frimat ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 maggio 2017, fissata per l'esame dei ricorsi in materia di accesso, il dott. Nicola Fenicia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Premesso che:

La società ricorrente, Impresa di Costruzioni Gallo Road S.r.l., partecipava alla procedura selettiva aperta finalizzata alla conclusione di quattro accordi quadro per l'affidamento delle “*attività di pronto intervento diurno e notturno, feriale e festivo, nonché realizzazione di lavori di manutenzione straordinaria di reti, allacciamenti ed accessori di acquedotto e fognatura, per una durata di 24 mesi, rinnovabili a discrezione della Stazione Appaltante per un ulteriore periodo di 24 mesi, nell'ambito del servizio idrico integrato gestito da Etra S.p.a. nelle Province di Padova e Vicenza*”;

Più in particolare, l'Impresa di Costruzioni Gallo Road S.r.l. presentava la propria offerta per l'affidamento, fra l'altro, del Lotto n. 2;

Le operazioni di gara venivano svolte nel corso delle sedute pubbliche del 29.11.2016, 5.12.2016 e 29.12.2016, in cui si procedeva alla apertura delle buste recanti, al loro interno, la documentazione amministrativa e quella tecnica;

All'esito della verifica riguardante i requisiti soggettivi, economico finanziari e tecnico professionali dei concorrenti, con Determinazione n. 1 del 30.1.2017 pubblicata in data 31.1.2017 sul sito istituzionale dell'Ente aggiudicatore ai sensi dell'art. 29 del D.Lgs. 50 del 2016, il RUP della riferita procedura selettiva approvava le operazioni di gara e disponeva di “ammettere alla procedura di appalto i concorrenti per come in premessa citati”;

In data 24.1.2017, l'odierna ricorrente presentava all'Ente aggiudicatore un'istanza di accesso finalizzata a conoscere ed estrarre copia della documentazione amministrativa presentata dall'ATI Frimat S.p.a.;

Con Determinazione del 14.2.2017 prot. n. 12080, Etra S.p.a. rigettava la riferita istanza, richiamando il disposto dell'art. 53, comma 2 lett. c), del D.Lgs. 50 del 2016, secondo cui l'accesso alle offerte può essere differito fino all'adozione del provvedimento di aggiudicazione, essendo nel caso di specie *“pendente e non ancora conclusa la procedura medesima con l'individuazione dell'aggiudicatario definitivo”*;

Avverso tale atto la società istante, in pendenza del giudizio instaurato, in base all'art. 120 comma 2 bis c.p.a., per l'annullamento del provvedimento di ammissione del raggruppamento Frimat, ha quindi proposto impugnativa, chiedendo, in via incidentale ex art. 116, comma 2 c.p.a., l'accesso agli atti richiesti con l'istanza del 24.01.2017;

Al riguardo, ha dedotto la violazione e falsa applicazione degli artt. 76 e 53 del d.lgs. n. 50/2016;

Sempre nell'ambito del ricorso ex art. 120, comma 2 bis, c.p.a., proposto dall'Impresa di Costruzioni Gallo Road, la controinteressata società Frimat ha proposto una parallela istanza ex art. 116, comma 2, c.p.a. avverso un'analogia nota

di Etra del 20.02.2017 di diniego dell'accesso alla documentazione amministrativa della Gallo-Road richiesto dalla stessa Frimat in data 15.02.2017;

A fondamento dell'impugnazione la Frimat ha dedotto la violazione e falsa applicazione degli artt. 76 e 53 del d.lgs. n. 50/2016;

Si è costituita ETRA s.p.a. chiedendo la reiezione di entrambe le istanze ex art. 116, comma 2, c.p.a. ora all'esame del Collegio, ed eccependo, quanto all'istanza della Frimat, l'inammissibilità della proposizione in via incidentale del ricorso in tema di accesso da parte della stessa, controinteressata nel giudizio principale;

Uguali eccezioni preliminari sono state svolte dalla difesa dall'Impresa di Costruzioni Gallo Road nei confronti dell'istanza ex art. 116, comma 2, c.p.a., della Frimat;

Alla camera di consiglio del 17 maggio 2017, entrambe le istanze in tema di accesso, dopo la discussione delle parti, sono state trattenute dal Collegio per la decisione;

Ritenuto che:

Preliminarmente, come correttamente eccepito dalle altre parti, l'istanza ex art. 116, comma 2 c.p.a., della Frimat deve essere dichiarata inammissibile per carenza di legittimazione attiva in capo alla stessa; ciò in quanto, la facoltà di azionare la tutela in materia di accesso anche in pendenza di giudizio, attesa la finalità istruttoria di tale strumento processuale, può essere riconosciuta solo alla parte ricorrente nel giudizio principale; per cui, attesa la posizione di controinteressata della Frimat, e non avendo la stessa proposto alcuna domanda sostanziale, neppure in via incidentale o riconvenzionale, nell'ambito del ricorso principale, non le può essere riconosciuto il potere processuale d'innestare all'interno di quest'ultimo giudizio, il ricorso incidentale previsto dall'art. 116, comma 2, c.p.a., avente natura strumentale rispetto ad un'azione già incardinata, ferma restando, ovviamente la possibilità di proporre un autonomo processo di accesso;

Nel merito, il diniego di accesso alla documentazione amministrativa opposto all'Impresa di Costruzioni Gallo Road è illegittimo, non essendo condivisibile

l'assunto dell'Amministrazione secondo cui l'accesso alla documentazione amministrativa, ai sensi dell'art. 53, comma 2, lett. c), del D.lgs n. 50 del 2016, è differito fino al momento dell'aggiudicazione;

Infatti, tale ultima norma si riferisce solamente al contenuto delle offerte, ed è chiaramente posta a presidio della segretezza delle offerte tecnico-economiche, ma non impedisce l'accesso alla documentazione amministrativa contenuta normalmente nella busta A, relativa ai requisiti soggettivi dei concorrenti, essendo peraltro la conoscenza di tale documentazione elemento imprescindibile per l'esercizio del diritto di difesa in relazione al nuovo sistema delineato dall'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., che onera i concorrenti dell'impugnazione immediata delle ammissioni e delle esclusioni;

Giova considerare, inoltre, non solo l'art. 29 del D.lgs. 50/2016, il quale detta i principi generali sulla trasparenza e impone la pubblicità di tutti gli atti delle procedure di affidamento sul sito delle stazioni appaltanti, nella sezione amministrazione trasparente, e inoltre sulla piattaforma digitale ANAC e sul sito del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, ma anche il comma 3 dell'art. 76 (nel testo ante correttivo attualmente vigente) che in aggiunta alle pubblicazioni previste dall'art. 29, stabilisce che debba essere dato *“avviso ai concorrenti, mediante PEC o strumento analogo negli altri Stati membri, del provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti”*; laddove per “atti” si devono intendere, i verbali di gara relativi alla fase di ammissione dei concorrenti e la documentazione amministrativa di cui si è detto sopra utile al fine della verifica della sussistenza dei requisiti soggettivi dei concorrenti;

Ed invero, è proprio il nuovo regime diversificato di impugnazione previsto dal citato art. 120, comma 2-bis, del cpa, introdotto nel 2016, che impone una tale

interpretazione, nel senso cioè che l'operatore economico possa accedere alla documentazione amministrativa e ai verbali di gara relativi alla fase di ammissione dei concorrenti, già nella fase iniziale della procedura selettiva (senza attendere cioè quella finale di aggiudicazione, come era previsto nel vecchio regime di cui al D.lgs n. 163 del 2006) e che il differimento previsto dall'art. 53, comma 2, lett. c), del D.lgs n. 50 del 2016 sia ormai limitato alle buste della proposta che contengono le offerte tecniche e economiche (cfr. in tal senso, T.A.R. Lazio, sez. III, n. 3971 del 28 marzo 2017);

D'altro canto, non sussiste alcuna esigenza di differimento delle richieste di accesso a tale documentazione amministrativa una volta conclusa la fase delle ammissioni e delle esclusioni, né verrebbe violata alcuna esigenza di riservatezza essendo noto il contenuto della busta contenente la documentazione amministrativa una volta aperta la stessa, né, quindi, potrebbe in alcun modo configurarsi alcuna violazione da parte dei pubblici ufficiali rilevante ai sensi dell'art. 326 c.p., richiamato dal comma 4 dell'art. 53 del D.lgs. 50/2016;

Pertanto, l'istanza avanzata dalla Gallo Road deve essere accolta e deve essere ordinato all'Amministrazione resistente di consentire alla stessa l'accesso alla documentazione amministrativa richiesta relativa alla Frimat e ai verbali di gara, entro il termine di 15 giorni dalla comunicazione in via amministrativa della presente ordinanza ovvero dalla notifica, se antecedente;

In ragione della novità della questione, le spese di giudizio del presente giudizio incidentale di accesso possono essere compensate tra le parti del giudizio;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sulle istanze in tema di accesso incidentalmente proposte ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a., dall'Impresa di Costruzioni Gallo Road e dalla Frimat:

dichiara inammissibile l'istanza in tema di accesso proposto dalla Frimat;
accoglie l'istanza in tema di accesso proposto dall'Impresa di Costruzioni Gallo Road e, per l'effetto, ordina all'Amministrazione resistente di consentire all'Impresa di Costruzioni Gallo Road l'accesso alla documentazione amministrativa richiesta e ai verbali di gara entro il termine di 15 giorni dalla comunicazione in via amministrativa della presente ordinanza ovvero dalla notifica, se antecedente.

Spese della presente fase processuale compensate.

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 17 maggio 2017

L'ESTENSORE
Nicola Fenicia

IL PRESIDENTE
Maurizio Nicolosi

IL SEGRETARIO

#