

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5415 del 2017, proposto da: Pricewaterhousecoopers Advisory S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati ....., elettivamente domiciliata in Roma, ....., presso lo studio dell'avv. ....;

***contro***

Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in persona del ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale domicilia in Roma, via dei Portoghesi, 12; il Consiglio superiore dei lavori pubblici, in persona del legale rappresentante in carica, non costituito in giudizio;

***nei confronti di***

Deloitte Consulting S.r.l. e Sintagma S.r.l., non costituite in giudizio;

***per l'annullamento***

del parziale diniego di accesso formatosi a seguito del mancato riscontro sulla istanza inviata per pec in data 11 maggio 2017 e del rilascio parziale di atti, perché secretati su istanza della controinteressata.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

La società ricorrente ha partecipato alla procedura aperta per *“l’affidamento del servizio di assistenza tecnica alle attività di competenza della Commissione permanente per le gallerie di cui all’art. 4 del decreto legislativo 5 ottobre 2006, n. 264”*, indetta dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

In corso di procedimento, e precisamente il 28 febbraio 2017, essa formulava istanza di accesso, che veniva differita dalla stazione appaltante ad un momento successivo all’aggiudicazione.

Con nota inviata il 10 maggio 2017, la ricorrente, preso atto dell’avvenuta aggiudicazione della gara in data 8 maggio 2017 a favore del RTI Deloitte, formulava nuovamente istanza di accesso ai sensi dell’art. 53 del d.lgs. n. 50/2016, chiedendo di prendere visione ed estrarre copia:

- a) della documentazione amministrativa, offerta tecnica ed offerta economica presentate dal RTI Deloitte ai fini della partecipazione alla gara;
- b) della documentazione presentata dal RTI Deloitte a comprova del possesso dei requisiti ex art. 83, codice degli appalti;
- c) di tutti i verbali di gara della commissione giudicatrice, sia delle sedute pubbliche sia di quelle riservate.

Nel corso dell'accesso, esercitato il giorno 24 maggio 2017, la ricorrente veniva a conoscenza dell'esistenza di una missiva tramessa alla stazione appaltante dalla controinteressata il 23 maggio 2017, con la quale la stessa aveva richiesto la secretazione di diverse parti della documentazione amministrativa, dell'offerta tecnica, dell'offerta economica nonché della documentazione a comprova dei requisiti dell'art. 83 del codice degli appalti, documenti che, a giudizio del RTI Deloitte, avrebbero costituito segreti tecnici o commerciali ai sensi dell'art. 53, comma 5, lettera, a), del d.lgs. n. 50/2016.

Con nota inviata via pec in data 24 maggio 2017, la ricorrente chiedeva dunque all'amministrazione la documentazione non ostesa.

Essendo maturato in ordine a tale istanza il silenzio diniego, la Pricewaterhousecoopers Advisory S.p.A. ha proposto il presente ricorso, con il quale ha lamentato violazione e falsa applicazione dell'art. 22 e seguenti della l. 241/1990 e dell'art. 53 del d.lgs. 50/2016.

Si è costituito il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti che ha chiesto la reiezione del ricorso perché inammissibile e infondato.

Non si è invece costituita la controinteressata.

La controversia è stata trattenuta in decisione alla camera di consiglio del 18 ottobre 2017.

Il ricorso è infondato poiché la parte ricorrente non ha proposto, come da questa confermato all'odierna camera di consiglio, un'azione di annullamento o di risarcimento del danno a seguito dell'esito della gara.

La ricorrente ha infatti presentato all'amministrazione una domanda di accesso ai sensi dell'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016.

La disposizione, al comma 5, prevede che *“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?*

Al successivo comma 6, la medesima disposizione prevede che, *“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”*.

Tale disposizione, con tratti di specialità rispetto alla disciplina generale, per la quale l'accesso può essere esercitato dalla parte interessata a prescindere dalla pendenza o dalla proponibilità di un rimedio giurisdizionale, introduce, nello specifico campo degli appalti pubblici, una speciale figura di *“accesso cd. difensivo”* il quale - ai sensi dell'art. 13, co. 5, d. lgs. n. 163/2006, il cui contenuto è sostanzialmente coincidente con la previsione oggi contenuta nell'art. 53, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 - *“prevale [...] sulle contrapposte esigenze di tutela del segreto tecnico e commerciale [...] solo laddove l'accesso 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”* (Consiglio di Stato, sez. IV, 28 luglio 2016, n. 3431).

Ne deriva che, *“alla luce della formulazione letterale della norma e della interpretazione sistematica del bilanciamento di valori attuata dall'art. 13, la prevalenza dell'accesso deve essere individuata nei soli casi in cui si impugnino atti della procedura di affidamento, ai fini di ottenerne l'annullamento e, comunque, il risarcimento del danno, anche in via autonoma”* (Consiglio di Stato, sentenza n. 3431/2016, cit.).

La specialità della disposizione si spiega con la particolare pervasività del tipo di accesso in esame e con il particolare livello di segretezza dei documenti dei quali è domandata l'ostensione, la tutela del quale verrebbe frustrata laddove la divulgazione dei dati non fosse ancorata alla ricorrenza di un'attuale e specifica esigenza difensiva. L'espressione *“ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto”*, del resto, non pone particolari dubbi interpretativi in ordine all'esclusione dell'accesso cd. defensionale nei casi in cui il concorrente chieda di

accedere a documenti che contengano segreti tecnici o commerciali per utilizzarli in giudizi diversi da quelli concernenti direttamente la procedura di gara, ovvero per invocare un intervento dell'amministrazione in autotutela, ovvero ancora per sollecitare l'intervento di un'autorità indipendente.

Né rileva, in concreto, il fatto che l'opposizione della controinteressata sia stata formulata in corso di procedimento.

Non ritiene, infatti, il Collegio, che la motivata e comprovata dichiarazione debba essere espressa dal concorrente al momento di presentazione dell'offerta, pena la decadenza dalla possibilità di prospettare in seguito la natura riservata dei dati.

Tale interpretazione sembra infatti richiedere al partecipante alla procedura una valutazione definitiva e anticipata in ordine alla ricorrenza e all'esplicitazione di possibili profili di segretezza dell'offerta, che, al momento di presentazione della stessa, non presenta tratti di attualità – e potrebbe virtualmente non presentarne mai in caso di non utile classificazione dell'impresa – senza che a tale onere corrisponda un apprezzabile interesse dei controinteressati, meritevole di specifica protezione.

La detta opzione ermeneutica, infine, priverebbe l'amministrazione di un autonomo potere valutativo.

In conclusione il ricorso va respinto, ma la complessità della vicenda giustifica, a giudizio del Collegio, la compensazione tra le parti delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

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

Carmine Volpe, Presidente

Roberta Cicchese, Consigliere, Estensore

Lucia Maria Brancatelli, Referendario

**L'ESTENSORE**  
**Roberta Cicchese**

**IL PRESIDENTE**  
**Carmino Volpe**

IL SEGRETARIO