

Tribunale Amministrativo Regionale Emilia Romagna Parma

sez. I 7/1/2010 n. 6

Diritto di accesso all'offerta tecnica presentata - Diniego parziale - Illegittimità - Modalità di esercizio - Visione ed estrazione di copia - Distinzione - Va esclusa

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna
sezione staccata di Parma (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 297 del 2009, proposto da Società Vacondio Paride & C. S.a.s., rappresentato e difeso dagli avv.....;

contro

Società Enia S.p.a., rappresentato e difeso dall'avv.....;

nei confronti di

Transcoop Soc. Coop., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e in qualità di mandataria in ATI con Consorzio Servizi Specialtrasporti e Nial Nizzoli S.r.l., Consorzio Servizi Specialtrasporti, in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e in qualità di mandante in ATI con Transcoop Soc. Coop. e Nial Nizzoli S.r.l., Nial Nizzoli S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e in qualità di mandante in ATI con Transcoop Soc. Coop. e Consorzio Servizi Specialtrasporti; per l'accesso, ai sensi dell'art. 25 comma 5, L. 07.08.1990 n. 241, agli atti e documenti oggetto dell'atto di interpello e richiesta documenti notificato in data 05.08.2009 ad Enia S.p.a. tesa ad ottenere l'ostensione di: copia della Delibera di indizione della procedura negoziata di cui si tratta; copia della o delle delibere dirigenziali di nomina della Commissione di gara e della Commissione giudicatrice;

Copia del verbale – in atti dell'Amministrazione appaltatrice al prot. RE 14833 del 19.05.2009 – richiamato da Enia s.p.a. nella nota prot. N. 15473 del 21 maggio 2009; Copia della deliberazione di aggiudicazione definitiva della procedura negoziata in esame; Copia del contratto di appalto, ove nelle more stipulato con la Società aggiudicataria; Copia della documentazione amministrativa, tecnica ed economica, presentata in gara dall'ATI Transcoop (mandataria) / Consorzio Special Trasporti / Nial Nizzoli s.r.l.; In ogni caso, copia di tutti gli atti preordinati, connessi o consequenziali a quelli sopra elencati ivi compresi pareri, proposte e valutazioni adottati medio tempore dall'Amministrazione, allo stato non conosciuti e/o conoscibili dalla mia assistita; e per l'annullamento

a) della nota A/R, anticipata via fax, Enia s.p.a., prot. N. 25502 del 4 settembre 2009, recante il diniego all'esibizione del contratto d'appalto concluso tra l'Amministrazione appaltatrice e l'ATI aggiudicataria nonché il parziale diniego all'ostensione di parte della relazione tecnico-progettuale

(offerta tecnica) predisposta dall'ATI contro interessata Transcoop (mandataria)/Consorzio Special Trasporti (mandante) /Nial Nizzoli (mandante) in sede di partecipazione alla procedura negoziata avente ad oggetto il "Servizio per la raccolta e trasporto fanghi prodotti dagli impianti di trattamento acque reflue urbane – gara 1713 – CIG 02408335AC; b) della nota AR, anticipata via fax – Enia s.p.a. – prot. N. 26037 del 10 settembre 2009 con cui l'Amministrazione appaltatrice ha confermato il diniego all'esibizione del succitato contratto d'appalto nonché del Capitolo 1, paragrafo 1.2. e di tutto il capitolo 2 del progetto tecnico predisposto e depositato in sede di partecipazione alla procedura negoziata di cui si tratta dall'ATI contro interessata; per quanto possa occorrere del verbale delle operazioni di accesso agli atti redatto in data 14.09.2009 da Enia s.p.a.; dell'ulteriore verbale delle operazioni di accesso agli atti redatto dai funzionari di Enia s.p.a. in data 09.10.2009; di ogni altro atto preordinato, connesso o consequenziale a quelli impugnati, ivi compresi pareri, proposte e valutazioni adottati medio tempore dall'amministrazione appaltatrice in relazione alla procedura di gara.

Visto il ricorso con i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Società Enia S.p.a.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatrice nella camera di consiglio del giorno 01 dicembre 2009 la dott.ssa Emanuela Loria e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

La società Enia s.p.a., con bando pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Europea in data 13 dicembre 2008, ha indetto una procedura negoziata per l'affidamento del servizio per la raccolta e il trasporto di fanghi prodotti dagli impianti delle acque reflue urbane. Alla procedura hanno partecipato due associazioni temporanee d'impresa: l'Ati Massari/Vacondio & C. s.a.s. e l'Ati Transcoop/Nizzoli/Consorzio Servizi SpecialTrasporti. All'esito della procedura di gara il servizio è stato affidato all'Ati Transcoop/Nizzoli/Consorzio Servizi SpecialTrasporti.

Dopo la sottoscrizione del contratto d'appalto, l'Ati controinteressata ha notificato, in data 16 settembre 2009, ricorso straordinario al Capo dello Stato, impugnando gli atti di gara; presentava opposizione ai sensi dell'art. 10 del D.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199 la resistente Enia s.p.a., chiedendo che esso fosse deciso in sede giurisdizionale. Con istanza presentata in data 07 maggio 2009, l'Ati ricorrente ha richiesto ad Enia s.p.a. copia completa dei verbali dell'apertura dell'offerta amministrativa del 15 aprile 2009, dell'offerta tecnica con l'assegnazione e il calcolo dei punteggi e la copia del verbale di apertura dell'offerta economica del 30 aprile 2009 e il relativo verbale di assegnazione, completi di allegati e calcoli dei punteggi relativi.

In data 20 maggio 2009 i rappresentanti della ricorrente ricevevano copia della seguente documentazione: originale della lettera di assenso all'accesso agli atti prot. N. 15138 del 20.05.2009; estratto del verbale prot. N. RE12593 del 27.04.2009 (prima seduta della commissione di gara); estratto del verbale prot. N. RE12694 del 27.04.2009 (commissione giudicatrice); estratto del verbale prot. N. 13546 del 05.05.2009 (seconda seduta della commissione di gara); comunicazione della Transcoop di assenso all'accesso parziale agli atti (prot. RE 14798/2009 e Pr13097/2009).

La controinteressata, infatti, si opponeva, con la nota ricevuta dalla stazione appaltante in data 19

maggio 2009, alla visione della propria offerta tecnica, relativamente al capitolo 1 “Sistemi e comportamento adottati per il risparmio energetico delle emissioni di gas di scarico”, al capitolo 1, paragrafo 1.3. “Modalità e tempi di sostituzione dei mezzi in avaria o danneggiati”; al Capitolo 2, tutti i punti.

Con atto di interpello ricevuto da Enia in data 11 agosto 2009, la ricorrente chiedeva nuovamente l’ostensione della documentazione indicata in epigrafe e, segnatamente, della documentazione amministrativa, tecnica ed economia presentata in gara dall’Ati Transcoop / Consorzio Special Trasporti / Nial Nizzoli s.r.l.

Con successiva nota in data 08 settembre 2009 la ricorrente diffidava l’Amministrazione ad esibire l’offerta tecnica dell’ATI aggiudicataria, oltre al contratto di appalto. In data 10 settembre 2009 Enia s.p.a. precisava alla ricorrente che l’offerta tecnica “è già stata esibita ..., tranne che per la parte tecnica relativa al capitolo 1 “Sistemi e comportamento adottati per il risparmio energetico delle emissioni di gas di scarico”, al capitolo 1, paragrafo 1.3. “Modalità e tempi di sostituzione dei mezzi in avaria o danneggiati”; e tutto il Capitolo 2, “Piano operativo per i servizi a chiamata”, che costituisce, a detta dell’impresa, un know how maturato in anni di esperienza e rappresenta un fattore competitivo fondamentale”. Relativamente all’accesso al contratto d’appalto stipulato, Enia ribadiva quanto già affermato nella precedente lettera al n. RE200925502.

Dalla ricevuta in data 16 settembre 2009 risulta che la ricorrente ha ricevuto la documentazione relativa all’offerta tecnica, con eccezione dei punti 1.2 “Sistemi e comportamento adottati per il risparmio energetico delle emissioni di gas di scarico”, 1.3 “Modalità e tempi di sostituzione dei mezzi in avaria o danneggiati” e 2 “Piano operativo per i servizi a chiamata”, oltre a copia del verbale della commissione giudicatrice in atti al prot. RE200912954.

La ricorrente provvedeva a depositare presso il T.A.R. il ricorso in epigrafe in data 23 ottobre 2009, dolendosi per i seguenti motivi:

I – Violazione e falsa applicazione dell’art. 13, comma 5, del d.lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione degli artt. 22, 23, 24 e 25 della legge 7.8.1990 n. 241, in relazione agli artt. 7 e 9 D.P.R. 12 aprile 2006 n. 184; violazione e falsa applicazione dell’art. 1, comma 2 e dell’art. 3 della legge 07.08.1990 n. 241; eccesso di potere per insufficiente motivazione; eccesso di potere per travisamento dei fatti; erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto; aggravamento del giusto procedimento. La documentazione di cui si chiede l’esibizione risulta indispensabile alla ricorrente per verificare se il criterio di attribuzione dei punteggi “tecnici” non risulti viziato da illogicità, incongruenza o contraddittorietà; l’accesso integrale all’offerta tecnica della controinteressata, attraverso l’estrazione di copia, risulta indispensabile alla ricorrente per verificare la correttezza del criterio adottato dalla Commissione giudicatrice nell’attribuzione dei punteggi tecnici, in particolare, in quanto dalla documentazione tecnica già esibita dalla stazione appaltante risulta che l’Ati aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto ha presentato in sede di offerta un numero di automezzi inferiore a quelli obbligatoriamente richiesti dal Capitolato speciale d’appalto. Inoltre, non tutte le imprese componenti l’Ati aggiudicataria possiedono le certificazioni richiamate nel Capitolato speciale d’appalto. Pertanto, la completa ostensione dei documenti, a mezzo di produzione di copia, serve alla ricorrente allo scopo di tutelare i propri interessi giuridici.

II - Violazione e falsa applicazione degli artt. 22, 23, 24 e 25 della l. 7.08.1990 n. 241, in relazione agli artt. 7 e 9 D.P.R. 12.04.2006 n. 184; violazione e falsa applicazione dell’art. 1 comma 2 e dell’art. 3 della legge 7.08.1990 n. 241; violazione e falsa applicazione dell’art. 13 comma 5 del d.lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per disparità di trattamento; eccesso di potere per motivazione insufficiente; eccesso di potere per travisamento dei fatti; erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto. Aggravamento e violazione del giusto procedimento. Il divieto all’ostensione documentale è illegittimo per violazione del principio di parità di trattamento tra i concorrenti, in quanto la stazione appaltante ha consentito alla controinteressata di accedere agli atti e in particolare all’intero progetto tecnico presentato in gara dalla ricorrente, nonostante quest’ultima si sia opposta

con la nota AR anticipata a mezzo fax in data 26.09.2009, evidenziando come l'ostensione completa avrebbe determinato un danno grave e irreparabile al diritto alla riservatezza e alla posizione tecnico-professionale, commerciale e industriale della ricorrente. Si è costituita in giudizio Enia s.p.a. resistendo al ricorso e chiedendo la sua reiezione in quanto infondato. Sostiene, infatti, la stazione appaltante di avere consentito ad entrambe le Ati di accedere agli atti di gara ed in particolare di avere posto in grado la ricorrente, già dal 20 maggio 2009, di prendere visione di tutti gli atti di gara. A seguito dell'opposizione della controinteressata (nota del 19 maggio 2009) all'accesso a quelle parti dell'offerta economica che avrebbero consentito alla ricorrente di appropriarsi di metodiche industriali sviluppate nel corso del tempo e di informazioni sui sistemi informatici utilizzati dalle imprese riunite in Ati per lo svolgimento del servizio ad esse appaltato e di una seconda istanza di accesso della ricorrente in data 10 settembre 2009, la stazione appaltante ha comunicato alla ricorrente tale opposizione e nel contempo ha rappresentato la disponibilità a consentire l'accesso integrale, con la sola limitazione della modalità dell'estrazione di copia alla sola parte dell'offerta tecnica coperta dal veto, accesso che si sarebbe verificato in data 14 settembre 2009. Alla camera di consiglio del 01 dicembre 2009 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso va accolto per le ragioni di seguito indicate. La questione verte sostanzialmente sulla fondatezza della pretesa all'accesso azionata dalla società ricorrente nei confronti di una parte dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria e del contratto stipulato. La stazione appaltante, dopo avere consentito l'accesso attraverso l'estrazione di copia di parte della documentazione di gara (estratto del verbale prot. N. RE 12593 del 27.04.2009; estratto del verbale prot. N. Re12694 del 27.04.2009; estratto del verbale prot. N. 13546 del 05.05.2009; comunicazione della Transcoop di assenso all'accesso parziale agli atti), ha ritenuto di consentire l'accesso, avvenuto in data 14 settembre 2009 (come risulta dal relativo verbale), anche di parte dell'offerta tecnica dell'Ati concorrente, ad eccezione dei punti 1.2. "Sistemi e comportamenti adottati per il risparmio energetico e la riduzione delle emissioni dei gas di scarico", 1.3. "Modalità e sostituzione dei mezzi in avaria e danneggiati" e 2 "Piano operativo per la gestione dei servizi a chiamata".

Ritiene il Collegio che trova applicazione la disciplina dettata per l'accesso agli atti delle procedure di gara dall'art. 13 del d.lgs. n. 163/2006, il cui comma 1 rinvia alla disciplina generale dell'accesso collocata negli art. 22 e seguenti della legge n. 241/1990, introducendo tuttavia talune disposizioni speciali.

In primo luogo, il Codice sancisce che, per talune categorie di atti e in talune tipologie di gare, l'accesso è differito fino al momento dell'aggiudicazione definitiva ovvero fino alla scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Tra le disposizioni speciali introdotte in attuazione delle direttive comunitarie vi è quella dell'art. 13 comma 5 del d.lgs. 163/2006 che prevede che sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione, tra l'altro, 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 e a eventuali ulteriori aspetti riservati delle offerte, da individuarsi in sede di regolamento. Si tratta di casi di sottrazione del diritto di accesso "speciali" rispetto a quelli previsti dalla disciplina generale della legge 241/1990 s.m.i., e come tali tassativi nella loro elencazione: la lettera a) sottrae all'accesso e a ogni altra forma di divulgazione le informazioni fornite dagli offerenti in merito alle offerte o a giustificazione delle medesime, allorquando contengano segreti tecnici o commerciali.

Tale segretezza deve essere oggetto di "motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente", che dovrebbe essere preferibilmente resa già in sede di offerta e deve comunque essere vagliata dalla

stazione appaltante quanto alla sua fondatezza. Nel caso di specie, l'aggiudicataria Ati Transcoop si è opposta con la nota in data 19 maggio 2009 alla concessione della visione della propria offerta tecnica da parte dell'Ati ricorrente relativamente alle parti sopra menzionate con la seguente motivazione: "i punti in questione contengono informazioni relative all'organizzazione, alle tecnologie e ai sistemi informativi utilizzati dalle aziende raggruppate in Ati. Il complesso di fattori organizzativi e tecnologie costituisce un know how maturato in anni di esperienza e rappresenta un fattore competitivo fondamentale, per cui riteniamo che non possa e non debba essere divulgato ad aziende concorrenti". La dichiarazione citata non appare argomentare in modo approfondito relativamente alle ragioni per cui la parte dell'offerta da segretare contiene informazioni tali da essere ritenute oggetto di "know how" non divulgabile da parte dell'azienda. Infatti, seppure nell'ambito di spiegazioni che non devono arrivare a palesare i segreti industriali e commerciali, tuttavia si ritiene che questi ultimi non debbano essere semplicemente asseriti, ma devono essere effettivamente sussistenti e di ciò deve essere dato un principio di prova da parte dell'offerente, di cui invece non vi è traccia nella dichiarazione in questione.

Inoltre, la stazione appaltante non ha effettuato un vaglio motivato di quanto affermato dalla controinteressata, ma si è attenuta meramente alla sua dichiarazione, come risulta dalla nota in data 20 maggio 2009 prot. n. 15138, senza neppure richiedere chiarimenti in merito alla sussistenza e al tenore dei riferiti segreti tecnici e/o commerciali. La riservatezza, in quanto eccezionale rispetto al principio dell'accesso e della trasparenza, deve infatti, trovare delle congrue motivazioni, che non possono solo essere meramente asserite dall'interessato, ma devono trovare un principio di prova da sottoporre al vaglio della stazione appaltante, la quale non può limitarsi a prendere atto delle asserzioni di segretezza fatte dall'offerente. Un corretto bilanciamento tra le ragioni della riservatezza e quelle dell'accesso (nell'ottica del legislatore, prevalenti nella generalità dei casi) richiede che le prime siano sindacate dalla stazione appaltante e, ove ritenute prevalenti, oggetto di adeguata motivazione. A ciò si aggiunga che il comma 6 dell'art. 13 consente 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. Si tratta del c.d. "accesso defensionale", comunque consentito anche nei casi di cui alla lettera a) del comma precedente, quando il concorrente lo chiede 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.

Poiché nel caso di specie, è stato proposto un ulteriore ricorso straordinario al Capo dello Stato (anch'esso trasposto in sede giurisdizionale) avverso l'aggiudicazione della gara, ricorso con il quale si intende contestare la correttezza del criterio utilizzato nell'attribuzione dei punteggi tecnici da parte della Commissione giudicatrice, è evidente che la richiesta di accesso agli atti e segnatamente ai documenti dell'offerta è funzionale a coltivare la legittima aspettativa al conseguimento dell'appalto ovvero alla dichiarazione di illegittimità dello stesso e eventualmente al risarcimento del danno, ove provato. Analoghe considerazioni valgono per il contratto d'appalto stipulato. Si è quindi nell'ambito del c.d. accesso defensionale dinanzi al quale cadono le ragioni di riservatezza di cui al comma 5 lettera a) dell'art. 13 del Codice. Quanto alle modalità dell'esercizio del diritto di accesso, giova rammentare che la disciplina introdotta dalla legge 15/2005 ha modificato, in parte qua, la legge 241/1990 ricomprendendo nel diritto di accesso sia la visione che il rilascio di copia del documento, attesa l'abrogazione della disposizione di cui all'art. 24 comma 2, lettera d), nella originaria formulazione, che prevedeva, invece, la possibilità di escludere il diritto di accesso a tutela della riservatezza dei terzi, persone e imprese, "garantendo peraltro agli interessati la visione degli atti relativi ai procedimenti amministrativi, al cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro interessi giuridici": tale abrogazione fa ritenere superata ogni possibilità di distinguere tra le due modalità di esercizio

del diritto di accesso (Consiglio di Stato, Sezione VI, 19/10/2009 n. 06393). Pertanto, nel caso di specie, una volta riconosciuta la spettanza della pretesa azionata, l'esercizio del diritto potrà essere esercitato secondo la modalità dell'estrazione di copia, ove la mera visione sia ritenuta insufficiente a soddisfare le esigenze di conoscenza per le quali il diritto è stato azionato. Alla stregua di tali ragioni, il ricorso va pertanto accolto. Sussistono giuste ragioni per disporre la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna, sezione di Parma, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, ordina all'amministrazione intimata di consentire l'accesso, anche con estrazione di copia, della relazione tecnica depositata in gara dall'ATI controinteressata nonché del contratto d'appalto. Spese compensate. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso, in Parma, nella camera di consiglio del giorno 01 dicembre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Luigi Papiano, Presidente
Italo Caso, Consigliere
Emanuela Loria, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/01/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO