

ACCESSO: Accesso nei confronti degli atti di gara e della documentazione tecnica di tutte le ditte partecipanti - Istanza ostensiva avanzata al fine di tutelare gli interessi difensivi dell'accedente - Sussiste - Natura giuridica di tale specifica tipologia di diritto di accesso.

Tar Lazio - Roma, Sez. II, 25 gennaio 2022, n. 2

- in *Urb. e appalti*, 5, 2022, pag. 705 e ss., con commento di Teresa Raimo, *Il tempo dell'accesso agli atti di gara*.

“[...] L'accesso nelle gare è retto dal principio della c.d. “conoscibilità progressiva” della documentazione di gara, regolata da precise scansioni temporali volte a contemperare le ragioni dell'accesso con l'esigenza di assicurare il regolare svolgimento delle procedure selettive (art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016). Le esclusioni contemplate nel comma 2 dell'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016 sono esclusioni assolute “a tempo” al diritto di accesso (che “è differito”). Le esclusioni indicate nel comma 5 del medesimo art. 53 sono esclusioni assolute, ma “senza tempo” (“sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione”). Tra le esclusioni assolute “senza tempo” rientra la fattispecie contemplata nella lett. a) del comma 5 cit. relativa “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”. Dunque anche tale categoria di informazioni, definibili qualificate, sono escluse dal diritto di accesso. Il legislatore ha tuttavia previsto una deroga alle esclusioni assolute “senza tempo” che è contenuta nel comma 6 dell'art. 52 cit. secondo cui “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” (accesso documentale c.d. difensivo del concorrente, quale specificazione dell'accesso documentale difensivo dell'art. 24, comma 7, legge n. 241 del 1990). Ne consegue che le informazioni c.d. qualificate, nel senso qui precisato, rimangono acquisibili dal concorrente al ricorrere dei presupposti indicati nel comma 6 dell'art. 53 cit. Nel giudizio sull'accesso documentale difensivo nelle procedure di gara non occorre quindi una specifica indagine in ordine alla sussistenza dei presupposti legittimanti l'accesso (a differenza di quanto avviene con riferimento a chi non vi ha partecipato). La sussistenza dei presupposti legittimanti l'accesso in capo al concorrente (“giudizio di sussunzione o di corrispondenza” della situazione giuridicamente tutelata ad una fattispecie tipica tutelata e “nesso di collegamento o di strumentalità” tra la situazione soggettiva finale e il 2° documento di cui viene richiesta l'ostensione), è già stata valutata positivamente, a priori, dall'ordinamento laddove si afferma in via espressa nell'art. 53, comma 6, d.lgs. n. 50/2016, 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”. Il legislatore ha così contemperato l’interesse dell’operatore che intende entrare nel mercato delle commesse pubbliche (concorrenza per il mercato) e l’interesse dell’operatore che intende salvaguardare il patrimonio di conoscenze tecniche e commerciali (concorrenza nel mercato) grazie al quale è entrato in quel mercato in favore della posizione del concorrente che agisce per l’accesso documentale difensivo [...]”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Roma Capitale e di Gemos Soc. Coop. e di Eutourist New S.p.A. Soc. Unipersonale (Già Eutourist New S.r.l.) e di Serenissima Ristorazione Spa e di Societa' Cirfood S.C. e di Servizi Integrati e di Sodexo Italia S.p.A. in proprio e quale Capogruppo del Costituendo R.T.I. con Procosist S.r.l. e Anticimex S.r.l. e di Cns Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2022 il dott. Luca Iera e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

L’ATI Turrini ha partecipato alla gara, bandita secondo una procedura aperta, dal Comune di Roma Capitale per l’affidamento del servizio di servizio di ristorazione scolastica nei nidi capitolini, nelle sezioni ponte, nelle scuole dell’infanzia comunali e statali, primarie e secondarie di primo grado, situate nel territorio comunale. La gara era suddivisa in 15 lotti, per un valore complessivo a base di gara stimato per un periodo di 5 anni di € 709.996.268,33 al netto dell’IVA.

Il disciplinare di gara stabiliva (art. 3) che i “concorrenti possono presentare offerta per uno, più o tutti i lotti, ma non potranno essere aggiudicatari di più di un lotto, a prescindere dalla forma giuridica utilizzata, inoltre, non potranno essere aggiudicatarie di più di un lotto...”. Inoltre precisava, con riferimento all’assegnazione dei lotti, che “ciascuna impresa in caso di aggiudicazione di più di un lotto, risulterà aggiudicataria del lotto per il quale avrà conseguito il maggior punteggio tecnico e in caso di pari punteggio tecnico fra concorrenti partecipanti al medesimo lotto si procederà con l’estrazione a sorte. I restanti lotti nei quali il concorrente è risultato provvisoriamente primo verranno aggiudicati al concorrente che segue in graduatoria”.

Il disciplinare inoltre stabiliva che l’appalto è aggiudicato, per ciascun lotto, “in base al criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità prezzo” (art. 95, comma 7, d.lgs. n. 50/2016), “dove l’elemento prezzo assumerà la forma di un

costo fisso”, sicchè gli operatori economici “competeranno solo sulla base di criteri qualitativi”; la valutazione dell’offerta (tecnica) quindi avveniva mediante l’attribuzione, per ciascun lotto, del punteggio tecnico 100 distribuito in relazione a cinque criteri di valutazione, di cui il criterio “D” - di natura discrezionale - prevedeva l’attribuzione di 25 punti.

Alla procedura di gara hanno partecipato 27 operatori che hanno presentato 361 offerte per i vari lotti. L’A.T.I. Turrini ha partecipato ai lotti nn. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15.

Concluse le operazioni di gara con l’individuazione dei vincitori da parte della Commissione, l’ATI Turrini conseguiva in tutti i lotti cui aveva partecipato il punteggio complessivo di 97,006 punti, distanziandosi per non più di tre punti dall’aggiudicataria di ogni lotto.

In data 18.10.2021 il concorrente ha presentato istanza di accesso agli atti (art. 22 legge n. 241/1990 e art. 53 del D. Lgs. n. 50/2016) ai fini della tutela dei propri interessi, chiedendo di visionare ed estrarre copia, con espresso riferimento ai lotti nn. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, della documentazione amministrativa e della documentazione tecnica di “tutte le ditte partecipanti alla procedura di gara” relativamente ai lotti predetti.

Con provvedimento del 19.11.2021 la Stazione appaltante ha disposto l’aggiudicazione di tutti i lotti in favore di operatori diversi dal RTI Turrini.

In seguito il Comune accoglieva l’istanza di accesso con riferimento alla documentazione amministrativa. Con riferimento alla richiesta di acquisizione della documentazione tecnica, l’amministrazione chiedeva invece alla società di precisare le offerte tecniche e i documenti di interesse.

L’istante precisava la propria richiesta con nota del 13.12.202 chiedendo di visionare ed estrarre copia dei seguenti documenti: “Per i lotti 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15 le offerte tecniche complete presentate delle seguenti società: R.T.I Vivenda; R.T.I Gemos; R.T.I Eutourist new s.r.l.; Serenissima Ristorazione Spa; R.T.I Cooperativa Italiana Ristorazione CIRFOOD; Elior ristorazione spa; R.T.I Fabbro Food Spa; R.T.I Sodexo Italia Spa; Dussman service Srl; R.T.I Gestione Servizi Integrati srl; Compass Group Italia Spa; R.T.I Pedevilla Spa; R.T.I CNS Consorzio nazionale servizi; Bioristoro Italia Srl; A.Gazzoli e Soci; Althea S.r.l; Tutte le offerte tecniche complete presentate delle società partecipanti al lotto 14”.

La Stazione appaltante con nota del 16.12.2021, prot. 76631, ha rappresentato all’ATI di aver “[...] acquisito il riscontro alla nota QM 2021/741995 da parte dei controinteressati interpellati e procederà al rilascio di stralci delle offerte tecniche delle offerte tecniche dei 15 O.E. risultati aggiudicatari”. Con nota del 17.12.2021, prot. 7677, ha quindi trasmesso copia degli stralci delle offerte tecniche di primi cinque operatori.

L'ATI Turrini ha impugnato gli atti con cui l'amministrazione comunale ha negato l'integrale ostensione della documentazione tecnica degli aggiudicatari dei vari lotti.

Lamenta, quale partecipante non aggiudicatario delle gare, da un lato, la violazione del diritto di difesa di acquisire la documentazione richiesta ai sensi dell'art. 22 della legge n. 241/1990 e dell'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016 secondo cui "è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto" e, dall'altro lato, la violazione dell'art. 10-bis della legge n. 241/1990 e per difetto di motivazione non avendo ricevuto i motivi ostativi all'accoglimento integrale dell'istanza e non essendo stata edotta dei contenuti delle opposizioni formulate dai controinteressati alla propria istanza di accesso.

Nel costituirsi in giudizio sia il Comune di Roma Capitale che le controinteressate hanno eccepito l'inammissibilità del ricorso sia per carenza di interesse all'accesso alla documentazione di gara sia per la natura esplorativa della richiesta. Nel merito le controparti hanno ribadito l'infondatezza del ricorso attesa la sussistenza di informazioni commerciali sottratte all'acquisizione documentale e la mancanza agli atti del procedimento dell'istanza di accesso prestata in data 13.12.2021. La ricorrente, nel replicare a tali assunti, ha evidenziato documentalmente l'effettiva trasmissione dell'istanza del 13.12.2021.

All'udienza del 23 marzo 2022, dopo la discussione di rito, la causa è stata trattenuta in decisione.

In via preliminare vanno esaminate le eccezioni di rito sollevate dalle controparti.

Il Collegio ritiene che le eccezioni non possano essere accolte.

L'accesso nelle gare è retto dal principio della c.d. "conoscibilità progressiva" della documentazione di gara, regolata da precise scansioni temporali volte a contemperare le ragioni dell'accesso con l'esigenza di assicurare il regolare svolgimento delle procedure selettive (art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016).

Le esclusioni contemplate nel comma 2 dell'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016 sono esclusioni assolute "a tempo" al diritto di accesso (che "è differito").

Le esclusioni indicate nel comma 5 del medesimo art. 53 sono esclusioni assolute, ma "senza tempo" ("sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione"). Tra le esclusioni assolute "senza tempo" rientra la fattispecie contemplata nella lett. a) del comma 5 cit. relativa "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". Dunque anche tale categoria di informazioni, definibili qualificate, sono escluse dal diritto di accesso.

Il legislatore ha tuttavia previsto una deroga alle esclusioni assolute “senza tempo” che è contenuta nel comma 6 dell’art. 52 cit. secondo cui “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” (accesso documentale c.d. difensivo del concorrente, quale specificazione dell’accesso documentale difensivo dell’art. 24, comma 7, legge n. 241 del 1990). Ne consegue che le informazioni c.d. qualificate, nel senso qui precisato, rimangono acquisibili dal concorrente al ricorrere dei presupposti indicati nel comma 6 dell’art. 53 cit..

Nel giudizio sull’accesso documentale difensivo nelle procedure di gara non occorre quindi una specifica indagine in ordine alla sussistenza dei presupposti legittimanti l’accesso (a differenza di quanto avviene con riferimento a chi non vi ha partecipato).

La sussistenza dei presupposti legittimanti l’accesso in capo al concorrente (“giudizio di sussunzione o di corrispondenza” della situazione giuridicamente tutelata ad una fattispecie tipica tutelata e “nesso di collegamento o di strumentalità” tra la situazione soggettiva finale e il documento di cui viene richiesta l’ostensione), è già stata valutata positivamente, a priori, dall’ordinamento laddove si afferma in via espressa nell’art. 53, comma 6, .lgs. n. 50/2016, 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”.

Il legislatore ha così temperato l’interesse dell’operatore che intende entrare nel mercato delle commesse pubbliche (concorrenza per il mercato) e l’interesse dell’operatore che intende salvaguardare il patrimonio di conoscenze tecniche e commerciali (concorrenza nel mercato) grazie al quale è entrato in quel mercato in favore della posizione del concorrente che agisce per l’accesso documentale difensivo.

Va inoltre ribadito “che, proprio per la rilevata autonomia della situazione legittimante, l’accesso difensivo non presuppone necessariamente l’instaurazione o la pendenza in concreto di un giudizio”, in quanto la necessità della difesa di un interesse giuridicamente rilevante “lascia intendere la priorità

logica della conoscenza degli elementi che occorrono per decidere se instaurare un giudizio e come costruire a tal fine una strategia difensiva; con la conseguenza che l’accesso documentale difensivo non necessariamente deve sfociare in un esito contenzioso in senso stretto” (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 25 settembre 2020, n. 19-20-21).

Nel caso di specie, la ricorrente ha partecipato alla gara de qua e pertanto è titolare di una posizione giuridica qualificata e differenziata che l’abilita a richiedere l’accesso alla documentazione della gara cui ha partecipato. L’acquisizione documentale che chiede è volta a ottenere la disponibilità

della versione integrale delle offerte tecniche dei concorrenti poiché, sulla base di quelle offerte, è avvenuta l'attribuzione, per ciascun lotto, del punteggio tecnico previsto in relazione al criterio di valutazione discrezionale (criterio "D" - "attività di comunicazione") che prevede l'attribuzione di un pacchetto di punti (25 punti) tale da poter farle acquisire l'aggiudicazione di almeno un lotto.

I provvedimenti gravati non menzionano, al fine di escludere l'accesso, la presenza di "segreti tecnici o commerciali" nelle informazioni che compongono le offerte delle controparti, né danno atto della "motivata e comprovata dichiarazione" proveniente dall'offerente di volta in volta interessato circa la sussistenza delle informazioni precluse per legge all'accesso (art. 53, comma 5, lett. a), d.lgs. n. 50/2016). Tale circostanza è di per sé dimostrazione dell'illegittimità del diniego frapposto all'istanza della ricorrente.

Invero soltanto nella memoria difensiva del Comune si ha cura di affermare, a giustificazione della mancata parziale ostensione, la presenza nelle offerte tecniche di informazioni inerenti strategie aziendali e commerciali, progetti tecnico – gestionali, informazioni aziendali ed esperienze tecnico operative finalizzate a definire l'identità aziendale e a descrivere precise scelte strategiche, in relazione a determinati progetti di comunicazione, espressione di un know how aziendale da tutelare. Al di là dell'irritualità delle giustificazioni dedotte ex post con memoria difensiva, gli argomenti spesi attengono comunque all'autonomia negoziale e imprenditoriale del concorrente che, nel partecipare alla gara, calibra la propria proposta nel modo che ritiene più conveniente, anche alla luce della propria esperienza nel mercato. Tali circostanze, per come formulate, sono per giunta estranee alla nozione di "segreti tecnici o commerciali" che devono riguardare le specifiche "informazioni" di cui si compone l'offerta, previsti dall'art. 53, comma 5, lett. a), cit..

La ricorrente ha quindi diritto ad acquisire l'integrale contenuto delle offerte tecniche dei concorrenti (senza "stralci") - nei limiti dell'istanza di accesso del 13.12.2021 - poiché non sussistono i presupposti di legge per escludere l'accesso difensivo.

In conclusione, il ricorso è fondato con riferimento alla dedotta violazione della disciplina recata dall'art. 53, comma 5, lett. a), cit. - previo assorbimento della censura riguardante la violazione dell'art. 10-bis della legge n. 241/1990 - e va pertanto accolto.

La stazione appaltante è tenuta a esibire in favore della ricorrente la documentazione di gara oggetto dell'istanza del 13.12.2021 entro il termine di trenta giorni dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza.

Ai sensi dell'art. 26 c.p.a. e dell'art. 91 c.p.c., la soccombenza si accompagna alla condanna del pagamento delle spese di lite le quali che vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione.

Ordina alla stazione appaltante di esibire in favore della ricorrente la documentazione di gara, in modo integrale, oggetto dell'istanza di accesso del 13.12.2021, entro il termine di trenta giorni dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza.

Condanna il Comune di Roma Capitale al pagamento delle spese di giudizio in favore di parte ricorrente che si liquidano nella somma complessiva di Euro 1.500,00, oltre Iva, Cap, spese generali e rimborso del contributo unificato versato; compensa le spese di lite tra tutte le altre parti del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Eleonora Monica, Presidente FF

Luca Iera, Referendario, Estensore

Igor Nobile, Referendario

L'ESTENSORE

Luca Iera

IL PRESIDENTE

Eleonora Monica

IL SEGRETARIO