

APPALTI: Accesso agli atti - Divieto di divulgazioni di segreti tecnici e commerciali - Esclusione.

Tar Lazio - Roma, Sez. II bis, 21 dicembre 2021, n. 13253

- in *Riv. trim. appalti*, 2, 587 e ss., con commento di V. Varano, *La tutela delle informazioni tecnico-commerciali contenute nei documenti di gara.*

“[...] Deve [...] condividersi l’orientamento secondo il quale non è sufficiente, ai fini della limitazione del diritto di accesso di una concorrente in una gara pubblica agli atti ed ai documenti tecnici della controinteressata aggiudicataria, l’affermazione che questi ultimi attengono, genericamente, al proprio “know how”, bensì è necessario che sussista una informazione “precisamente individuata, che sia suscettibile di sfruttamento economico (in grado di garantire un vantaggio concorrenziale all’operatore nel mercato di riferimento) e presenti effettivi e comprovabili caratteri di segretezza oggettiva (non conoscenza o facile accessibilità da parte di altri operatori del settore) e soggettiva (protezione mediante misure organizzative o tecnologiche, o accordi contrattuali)” [...].”

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Fiumicino e della società Grivan Group S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2021 il dott. Salvatore Gatto Costantino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Nell’odierno giudizio, parte ricorrente agisce per l’accesso agli atti dell’offerta che la controinteressata ha prodotto nella gara indetta dal Comune di Fiumicino con Determinazione Dirigenziale R.G.D. n°4163 del 04/09/2020 per l’appalto dei lavori e dei servizi di manutenzione ordinaria, pronto intervento ed oneri di movimentazione del “ponte mobile pedonale e ponte 2 giugno” dal 1.11.2020 al 31.10.2022, cui entrambe hanno partecipato, classificandosi la ricorrente al secondo posto della graduatoria e la controinteressata al primo (determina n. 1691 del 30.03.2021).

A tal fine espone di aver richiesto l’accesso agli atti della procedura di gara con istanza protocollata al n. 48385 del 06/04/2021, specificatamente domandando copia delle giustificazioni prodotte dall’aggiudicataria GRIVAN.

La S.A. trasmetteva gli atti di gara, salva l'ostensione dei giustificativi dell'offerta economica (di cui ai protocolli enumerati in epigrafe), che negava di sua iniziativa ed in mancanza di esplicita motivazione da parte dell'aggiudicataria.

Il diniego di accesso è oggetto di gravame con l'odierno ricorso introduttivo, che censura la violazione e falsa applicazione dell'art. 53 comma 5, lettera a) del D. Lgs. 50/2016 (ai sensi del quale spetta all'offerente indicare le parti dell'offerta che contengano segreti tecnico o commerciali; nello specifico, il ribasso di gara offerto dalla GRIVAN renderebbe essenziale la conoscenza dei giustificativi per poter valutare ogni azione a tutela).

Si è costituita la GRIVAN GROUP Srl che, con propria memoria, espone di aver presentato motivata opposizione all'istanza ostensiva, con nota del 10.05.2021, dopo che la S.A. le aveva comunicato la richiesta della ricorrente con nota 65395 del 4.5.2021.

Eccepisce la tardività del gravame per violazione del termine di trenta giorni di cui all'art. 116 del c.p.a., applicabile anche alle istanze di accesso ex art. 53 cod.appalti (il ricorso è stato notificato il 24.6.2021, quando la nota di diniego è stata comunicata alla ricorrente in data 4.5.2021); l'inammissibilità del gravame discenderebbe anche dall'assenza in capo alla Tecno Ascensori Roma s.r.l. dei requisiti richiesti dal bando di gara ("servizi pregressi", punto C1 del Capitolato, meglio descritti in atti), ciò che renderebbe impossibile la proposizione di un'azione ex art. 120 del c.p.a. da parte sua (evidenzia la controinteressata che in una simile fattispecie, proporrebbe ricorso incidentale avverso la mancata esclusione della ricorrente dalla gara). L'azione ostensiva sarebbe comunque infondata, in quanto la gara si è svolta con il criterio del prezzo più basso, con conseguente irrilevanza dei documenti dell'offerta tecnica ai fini per cui la ricorrente ha agito; in ordine ai documenti prodotti in seno al contraddittorio avviato dalla S.A. ex art. 97 del C.C.P. per la verifica di anomalia condotta a carico della GRIVAN, quest'ultima ribadisce che in detta procedura sono confluite informazioni che involgono aspetti connessi al *know how* aziendale, come correttamente avrebbe interposto la S.A. alla richiedente l'accesso sin dalla nota 65395/2021 del 4.5.2021, rimasta peraltro inoppugnata.

In subordine, la controinteressata chiede che, laddove venga accolta la domanda di accesso, siano fornite specifiche misure a presidio della tutela della riservatezza dei dati contenuti nei documenti.

Si è costituito anche il Comune di Fiumicino che, con propria memoria, evidenzia che lo svolgimento della gara avveniva mediante procedura aperta agli operatori iscritti nell'elenco MEPA; che, svoltosi il procedimento di gara e richiesto dall'Ufficio all'impresa aggiudicataria di produrre i necessari giustificativi dell'offerta ai sensi dell'art. 97 del D.lgs. n. 50/2016, quest'ultima

– nel fornire quanto richiesto – già rendeva (nota 17583 del 24.12.2020) dichiarazione in merito all’opposizione all’ostensione dell’offerta tecnica e dei giustificativi prodotti.

Precisa dunque l’Ente che, con nota n. 65395 del 04/05/2021 trasmetteva la richiesta di accesso dell’odierna ricorrente alla Soc. Grivan Group S.P.A., nella qualità di controinteressato, specificando che la documentazione trasmessa con i giustificativi sarebbe già stata sottratta all’accesso, conformemente alla richiesta che la stessa Grivan Group aveva formulato in sede di presentazione dei ridetti giustificativi. Con nota n. 78219 del 26/05/2021, come indicato in ricorso, trasmetteva alla richiedente la documentazione di gara, con esclusione dei documenti sottratti.

L’Amministrazione replica, quindi, alle censure della ricorrente evidenziando che la sottrazione dei documenti tecnici a corredo dell’offerta è scaturita non già da una autonoma valutazione della S.A. ma dalla motivata opposizione della concorrente, vagliata positivamente dalla medesima S.A.

La richiesta di accesso sarebbe comunque generica e priva di interesse.

La ricorrente, con propria memoria, replica alle eccezioni e deduzioni avversarie evidenziando che la nota del 4.5.2021 ha natura endoprocedimentale ex art. 3 del DPR n. 184/06 e come tale è inidonea a far decorrere i termini di impugnazione del diniego di accesso, formalizzato solo con la nota del 26.5.2021; le ragioni di opposizione della controinteressata sarebbero generiche, essendosi limitata a sostenere che i documenti raccolgono informazioni “ascrivibili al know how della Grivan Group”, senz’altro indicare o specificare; non sussisterebbe carenza di interesse a ricorrere in capo alla Tecno Ascensori Roma, in quanto quest’ultima è partecipante alla gara seconda graduatasi ed afferma di essere in possesso di tutti i requisiti per partecipare alla gara e conseguire l’aggiudicazione; i presupposti per il diniego di accesso ai documenti tecnici di gara dovrebbero consistere in veri e propri segreti industriali, non essendo sufficiente allegare la sussistenza di rapporti di tipo commerciale con fornitori e terzi.

Le parti hanno scambiato memorie, ciascuna meglio precisando argomenti ed eccezioni.

Nella camera di consiglio del 10 novembre 2021, sentiti i difensori delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

In rito, va preliminarmente respinta l’eccezione di tardività, essendo la nota del 4.5.2021 un atto meramente interlocutorio e di natura partecipativa, che, seppur già espressivo delle ragioni di diniego che sarebbero poi confluite nel provvedimento impugnato, non era ancora suscettibile di radicare l’interesse all’azione (difettando profili espliciti circa la definizione dell’istanza), quest’ultimo invece da ricondursi all’effettivo compimento del procedimento che si è verificato quanto l’Ente ha dato accesso solo parziale ai documenti di gara.

Ancora in rito, va respinta l'eccezione di carenza di interesse che si fonderebbe su apprezzamenti inerenti la partecipazione della ricorrente alla gara che esulano dal presente giudizio, anche in considerazione del fatto – dirimente – che l'interesse ostensivo di una concorrente ad un procedimento di evidenza pubblica non può limitarsi alla sola possibilità concreta di esercitare azioni a difesa, ben potendo essere giustificato anche dall'utilità di una compiuta conoscenza dell'offerta migliore e comunque dall'esigenza che venga assicurata la piena trasparenza dell'incanto (v. *ex plurimis*, T.A.R. , Napoli , sez. VI , 25/09/2020 , n. 4019, secondo cui l'accesso agli atti della procedura di gara ivi comprese le domande di partecipazione delle imprese controinteressate è funzionale alla tutela del diritto di impresa oltre che alla legittima aspirazione di verificare la correttezza del procedimento di gara).

Nel merito, l'azione è fondata e si presta ad essere accolta sia pure con le prescrizioni meglio oltre precisate.

Nelle pubbliche gare di appalto, affinché documenti tecnici allegati all'offerta di una concorrente siano esclusi dall'accesso è necessario che essi riguardino veri e propri segreti industriali, non essendo sufficiente l'allegazione – peraltro generalizzata – della sussistenza di particolari condizioni commerciali (derivanti da posizioni di favore, svolgimento di trattative, o altre evenienze) presso fornitori terzi, posto che ogni offerta presuppone – proprio in virtù della concorrenza di mercato – una capacità competitiva che si fonda su rapporti individualizzati (e non semplicemente standardizzati) dell'impresa.

Se si accedesse alla tesi della odierna controinteressata, la documentazione di qualunque offerta migliorativa sarebbe esclusa, in quanto tale, dall'accesso agli atti di gara.

La stessa nozione di “know how” che la controinteressata invoca a tutela della propria riservatezza (nozione che peraltro trova corrispondenza in specifici arresti di giurisprudenza, v. ad es. T.A.R. , Cagliari , sez. II , 27/10/2020 , n. 591), va rettammente intesa, non potendosi estendere alla inclusione di rapporti di tipo commerciale con fornitori che assicurano prestazioni di tipo (maggiormente) concorrenziale che ad altri clienti.

Invero, se per “know how” si identifica, secondo la comune accezione, un complesso di conoscenze e attitudini, comprensive di competenze tecniche, organizzative, produttive e di esperienza, è evidente che la tutela incondizionata di tale patrimonio imprenditoriale (che assorbe elementi di sicura riservatezza, come i segreti industriali ed elementi di comune capacità di mercato, come i requisiti organizzativi e di relazioni commerciali) genererebbe una sorta di inaccessibilità predeterminata per le offerte migliori, azionabile a mera richiesta delle interessate (come accade nel caso di specie, laddove la controinteressata ha ottenuto l'esclusione dell'accesso da parte della S.A.

limitandosi ad una dichiarazione di non assenso all'ostensione effettuata al momento della comprova dei requisiti di gara).

Deve pertanto condividersi l'orientamento secondo il quale non è sufficiente, ai fini della limitazione del diritto di accesso di una concorrente in una gara pubblica agli atti ed ai documenti tecnici della controinteressata aggiudicataria, l'affermazione che questi ultimi attengono, genericamente, al proprio "know how", bensì è necessario che sussista una informazione *"precisamente individuata, che sia suscettibile di sfruttamento economico (in grado di garantire un vantaggio concorrenziale all'operatore nel mercato di riferimento) e presenti effettivi e comprovabili caratteri di segretezza oggettiva (non conoscenza o facile accessibilità da parte di altri operatori del settore) e soggettiva (protezione mediante misure organizzative o tecnologiche, o accordi contrattuali)"* (cfr. T.A.R. Trieste, sez. I, 01/07/2021, n.202)

Le deduzioni difensive della controinteressata, secondo cui nel caso di specie sussisterebbero articolate condizioni di relazione commerciale con terzi fornitori che le assicurerebbero condizioni vantaggiose non altrimenti rese disponibili ad altre imprese, assente una specifica controdeduzione sul punto, sono sufficienti ad accogliere la domanda subordinata della controinteressata stessa, volta a prescrivere specifiche misure di anonimizzazione dei documenti tecnici, così da tutelare la posizione dei fornitori terzi.

A tale scopo, pertanto, in accoglimento del ricorso va ordinato alla S.A. di rendere disponibili i documenti richiesti da parte della ricorrente.

Ex art. 34 del c.p.a., le copie dei documenti d'interesse dovranno essere rilasciate, ove contengano dati e riferimenti di terzi estranei al presente giudizio (come i fornitori o *partners* della controinteressata) previo interpello di questi ultimi da parte dell'Ente che ne acquisirà la disponibilità al rilascio (ed in tal caso i documenti saranno forniti in maniera integrale) o – laddove formulate - dovrà valutarne le ragioni di opposizione, nonché la ostensione dei documenti in maniera opportunamente "omissata" o anonimizzata.

In ogni caso, l'ostensione dei documenti è condizionata all'obbligo per la ricorrente di impegnarsi, nelle opportune forme vincolanti nei confronti della S.A. e della controinteressata, a non divulgare a terzi i preventivi acquisiti da parte della controinteressata, salvo il loro utilizzo per esigenze difensive in sede giurisdizionale.

In ragione di consentire l'utile adempimento delle misure di cui ai punti precedenti, il termine per l'ostensione dei documenti è fissato in giorni quarantacinque dalla comunicazione della presente sentenza o sua notifica a cura di parte.

In caso di mancata esibizione, su istanza di parte debitamente notificata a controparte, si provvederà alla nomina di un commissario ad acta affinché provveda in luogo dell'Amministrazione con oneri a carico di quest'ultima.

Attesa la sussistenza di giurisprudenza non univoca, sussistono giuste ragioni per disporre la piena compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie come in parte motiva e, per l'effetto, ordina al Comune resistente di provvedere sull'istanza di accesso della ricorrente ai documenti richiesti, entro il termine di giorni quarantacinque dalla comunicazione della presente sentenza o sua notifica a cura di parte, nel rispetto delle modalità e delle prescrizioni di cui pure in parte motiva.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Elena Stanizzi, Presidente

Salvatore Gatto Costantino, Consigliere, Estensore

Virginia Arata, Referendario

L'ESTENSORE

Salvatore Gatto Costantino

IL PRESIDENTE

Elena Stanizzi

IL SEGRETARIO