

Ebbene, né l'art. 13, co. 6, D. Lgs. n. 163/2006, né l'art. 24, nella formulazione risultante a seguito della legge n. 15/2005, prevedono che l'accesso c.d. difensivo, come tale prevalente sulle antagoniste ragioni di riservatezza o di segretezza tecnica

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Il legislatore ha inteso quindi escludere dal raggio di azionabilità del diritto di ostensione la documentazione suscettibile di rivelare il know-how industriale e commerciale contenuto nelle offerte delle imprese partecipanti, sì da evitare che operatori economici in diretta concorrenza tra loro possano utilizzare l'accesso non già per prendere visione della stessa allorché utile a coltivare la legittima aspettativa al conseguimento dell'appalto, quanto piuttosto per giovare delle specifiche conoscenze possedute da altri al fine di conseguire un indebito vantaggio commerciale all'interno del mercato.

Lo stesso comma 5 dell'articolo 13 del codice dei contratti, subordina, tuttavia, il funzionamento della causa di esclusione alla manifestazione di interesse da parte della stessa impresa cui si riferiscono i documenti cui altri intende accedere: è necessario, invero, che si tratti di informazioni integranti, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali.

Una precisazione, a quest'ultimo riguardo, appare ancora necessaria. Giova considerare che lo stesso art. 13, D. Lgs. n. 163/2006, dopo aver previsto i casi in cui il diritto di accesso è escluso, dispone al comma 6 che "in relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettere a) e b), è comunque consentito 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 di previsione che riafferma quella tendenziale prevalenza del c.d. accesso difensivo, in generale disposta dall'art. 24, co. 7, l. n. 241/1990.

Con la pronuncia impugnata il primo giudice ha respinto l'impugnazione proposta dalla società odierna appellante avverso il provvedimento con cui l'Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Puglia e della Basilicata ha consentito la sola visione, senza estrazione di copia, dell'offerta tecnica presentata dall'aggiudicataria nel corso della procedura di gara indetta per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti sanitari pericolosi a rischio infettivo.

Nel dettaglio, il primo giudice ha ritenuto che l'ostensione dei documenti contenenti progetti tecnici o studi presentati dai concorrenti è consentito nella sola forma della presa visione con esclusione della possibilità di estrazione di copia.

Avverso la pronuncia insorge la società ricorrente, ritenendone l'erroneità.

Qual è il parere dei giudici del Consiglio di Stato?

Il ricorso va accolto per le ragioni di seguito illustrate.

Giova considerare che, nel caso di specie, non è in discussione la fondatezza della pretesa ostensiva azionata dalla società ricorrente, la controversia vertendo solo sulle modalità di esercizio della stessa, dalla stazione appaltante identificate nella mera visione senza estrazione di copia.

Ritiene il Collegio che debba trovare applicazione la disciplina dettata, per l'accesso agli atti delle procedure di gara, dall'art. 13, D. Lgs. n. 163/2006, il cui comma 1 rinvia alla disciplina generale dell'accesso dettata dagli artt. 22 e seguenti della legge n. 241/1990, salvo a dettare talune disposizioni speciali.

Tra queste, quelle previste dal comma 5 che, a salvaguardia del diritto alla riservatezza dei partecipanti alle procedure di affidamento e dei soggetti privati che hanno formato alcuni degli atti ivi indicati, introduce un divieto di accesso e di divulgazione assoluto e non circoscritto (come quello di cui al precedente comma 3) alla fase anteriore rispetto all'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, in quanto finalizzato non già a tutelare la regolarità della procedura di affidamento quanto a proteggere le posizioni giuridiche soggettive dei concorrenti in gara e degli altri soggetti privati coinvolti.

Il citato comma 5 prevede, invero, che "fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti segreti 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 dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali".

Deve, pertanto, concludersi nel senso della riespansione della disciplina generale in tema di accesso

dettata dalla legge n. 241/1990, nella quale peraltro non è previsto un generale limite modale volto ad escludere che l'accesso si eserciti mediante il conseguimento di copia, oltre che con la visione del documento.

Quanto alla disciplina generale, in particolare, l'intervenuta normativa di cui alla l. n. 15 del 2005, modificativa in parte qua della l. n. 241 del 1990, comporta che debba ricomprendersi nel diritto di accesso sia la visione che il rilascio di copia del documento, attesa l'abrogazione della disposizione dettata dall'art. 24, comma 2, lett. d), nella formulazione originaria della l. n. 241/1990, che prevedeva, invece, a tutela della riservatezza dei terzi, persone ed imprese, la possibilità di escludere il diritto d'accesso «garantendo peraltro agli interessati la visione degli atti relativi ai procedimenti amministrativi, la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro interessi giuridici»: abrogazione che fa ritenere superata ogni possibilità di distinguere tra le due indicate modalità di accesso (in termini lo stesso Tar Bari, sez. I, 5 febbraio 2007, n. 337).

Ecco la normativa di riferimento

Art. 13. Accesso agli atti e divieti di divulgazione

(art. 6 dir. 2004/18; artt. 13 e 35, dir. 2004/17, art. 22, legge n. 109/1994; art. 10, d.P.R. n. 554/1999; legge n. 241/1990)

1. Salvo quanto espressamente previsto nel presente codice, il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni.

2. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti segreti o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di accesso è differito:

a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;

b) nelle procedure ristrette e negoziate, e in ogni ipotesi di gara informale, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare;

c) in relazione alle offerte, fino all'approvazione dell'aggiudicazione;

c-bis) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione definitiva. (lettera aggiunta dall'art. 2, comma 1, lettera e), d.lgs. n. 152 del 2008)

3. Gli atti di cui al comma 2, fino ai termini ivi previsti, non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti.

4. L'inosservanza del comma 2 e del comma 3 comporta per i pubblici ufficiali o per gli incaricati di pubblici servizi l'applicazione dell'articolo 326 del codice penale.

5. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti segreti 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 dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali;

b) a eventuali ulteriori aspetti riservati delle offerte, da individuarsi in sede di regolamento;

c) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;

d) alle relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto.

6. In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettere a) e b), è comunque consentito 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.

7. Limitatamente ai contratti nei settori speciali soggetti alla disciplina della parte III, all'atto della trasmissione delle specifiche tecniche agli operatori economici interessati, della qualificazione e della selezione degli operatori economici e dell'affidamento dei contratti, gli enti aggiudicatori possono imporre requisiti per tutelare la riservatezza delle informazioni che trasmettono.

7-bis. Gli enti aggiudicatori mettono a disposizione degli operatori economici interessati e che ne fanno domanda le specifiche tecniche regolarmente previste nei loro appalti di forniture, di lavori o di servizi, o le specifiche tecniche alle quali intendono riferirsi per gli appalti che sono oggetto di avvisi periodici indicativi. Quando le specifiche tecniche sono basate su documenti accessibili agli operatori economici interessati, si considera sufficiente l'indicazione del riferimento a tali documenti.

(comma aggiunto dall'art. 1, comma 1, lettera b), d.lgs. n. 152 del 2008)

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 6393 del 19 ottobre 2009, emessa dal Consiglio di Stato

N. 06393/2009 REG.DEC.

N. 05198/2009 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale

Sezione Sesta

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 5198 del 2009, proposto da:

ALFA S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. *****, con domicilio eletto presso ***** in Roma, via Cosseria N.2;

contro

Istituto Zooprofilattico Sperimentale Puglia e Basilicata, rappresentato e difeso dagli avv. *****,
*****, con domicilio eletto presso ***** in Roma, largo ***** 10;

nei confronti di

Ditta BETA S.a.s. di ***** & C., rappresentato e difeso dagli avv. *****, *****, con domicilio eletto presso ***** in Roma, via Giovanni Paisiello 55;

per la riforma

della ordinanza del Tar Puglia - Bari :sezione I n. 00068/2009, resa tra le parti, concernente SERVIZIO DI RACCOLTA, TRASPORTO E SMALTIMENTO RIFIUTI SANITARI PERICOLOSI.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Istituto Zooprofilattico Sperimentale Puglia e *****;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ditta BETA S.a.s. di ***** & C.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 2009 il dott. ***** e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con la pronuncia impugnata il primo giudice ha respinto l'impugnazione proposta dalla società odierna appellante avverso il provvedimento con cui l'Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Puglia e della Basilicata ha consentito la sola visione, senza estrazione di copia, dell'offerta tecnica presentata dall'aggiudicataria BETA S.a.s. nel corso della procedura di gara indetta per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti sanitari pericolosi a rischio infettivo.

Nel dettaglio, il primo giudice ha ritenuto che l'ostensione dei documenti contenenti progetti tecnici o studi presentati dai concorrenti è consentito nella sola forma della presa visione con esclusione della possibilità di estrazione di copia.

Avverso la pronuncia insorge la società ricorrente, ritenendone l'erroneità.

All'udienza del 14 luglio 2009 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Il ricorso va accolto per le ragioni di seguito illustrate.

Giova considerare che, nel caso di specie, non è in discussione la fondatezza della pretesa ostensiva azionata dalla società ricorrente, la controversia vertendo solo sulle modalità di esercizio della stessa, dalla stazione appaltante identificate nella mera visione senza estrazione di copia.

Ritiene il Collegio che debba trovare applicazione la disciplina dettata, per l'accesso agli atti delle procedure di gara, dall'art. 13, D. Lgs. n. 163/2006, il cui comma 1 rinvia alla disciplina generale dell'accesso dettata dagli artt. 22 e seguenti della legge n. 241/1990, salvo a dettare talune disposizioni speciali.

Tra queste, quelle previste dal comma 5 che, a salvaguardia del diritto alla riservatezza dei partecipanti alle procedure di affidamento e dei soggetti privati che hanno formato alcuni degli atti ivi indicati, introduce un divieto di accesso e di divulgazione assoluto e non circoscritto (come quello di cui al precedente comma 3) alla fase anteriore rispetto all'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, in quanto finalizzato non già a tutelare la regolarità della procedura di affidamento quanto a proteggere le posizioni giuridiche soggettive dei concorrenti in gara e degli altri soggetti privati coinvolti.

Il citato comma 5 prevede, invero, che "fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti segreti 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 dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali".

Il legislatore ha inteso quindi escludere dal raggio di azionabilità del diritto di ostensione la documentazione suscettibile di rivelare il know-how industriale e commerciale contenuto nelle offerte delle imprese partecipanti, sì da evitare che operatori economici in diretta concorrenza tra loro possano utilizzare l'accesso non già per prendere visione della stessa allorché utile a coltivare la legittima aspettativa al conseguimento dell'appalto, quanto piuttosto per giovare delle specifiche conoscenze possedute da altri al fine di conseguire un indebito vantaggio commerciale all'interno del mercato.

Lo stesso comma 5 subordina, tuttavia, il funzionamento della causa di esclusione alla manifestazione di interesse da parte della stessa impresa cui si riferiscono i documenti cui altri intende accedere: è necessario, invero, che si tratti di informazioni integranti, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali.

Ciò posto, il Collegio non può non prendere atto della mancata formulazione, nel caso di specie, della

indicata manifestazione di interesse alla non divulgazione da parte della società BETA, dei cui atti di gara la società ricorrente intende ottenere copia.

Deve, pertanto, concludersi nel senso della riespansione della disciplina generale in tema di accesso dettata dalla legge n. 241/1990, nella quale peraltro non è previsto un generale limite modale volto ad escludere che l'accesso si eserciti mediante il conseguimento di copia, oltre che con la visione del documento.

Una precisazione, a quest'ultimo riguardo, appare ancora necessaria.

Giova considerare che lo stesso art. 13, D. Lgs. n. 163/2006, dopo aver previsto i casi in cui il diritto di accesso è escluso, dispone al comma 6 che "in relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettere a) e b), è comunque consentito 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 di previsione che riafferma quella tendenziale prevalenza del c.d. accesso difensivo, in generale disposta dall'art. 24, co. 7, l. n. 241/1990.

Ebbene, né l'art. 13, co. 6, D. Lgs. n. 163/2006, né l'art. 24, nella formulazione risultante a seguito della legge n. 15/2005, prevedono che l'accesso c.d. difensivo, come tale prevalente sulle antagoniste ragioni di riservatezza o di segretezza tecnica o commerciale, possa e debba essere esercitato nella forma della sola visione, senza estrazione di copia.

Quanto alla disciplina generale, in particolare, l'intervenuta normativa di cui alla l. n. 15 del 2005, modificativa in parte qua della l. n. 241 del 1990, comporta che debba ricomprendersi nel diritto di accesso sia la visione che il rilascio di copia del documento, attesa l'abrogazione della disposizione dettata dall'art. 24, comma 2, lett. d), nella formulazione originaria della l. n. 241/1990, che prevedeva, invece, a tutela della riservatezza dei terzi, persone ed imprese, la possibilità di escludere il diritto d'accesso «garantendo peraltro agli interessati la visione degli atti relativi ai procedimenti amministrativi, la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro interessi giuridici»: abrogazione che fa ritenere superata ogni possibilità di distinguere tra le due indicate modalità di accesso (in termini lo stesso Tar Bari, sez. I, 5 febbraio 2007, n. 337).

Alla stregua delle esposte ragioni, va pertanto accolto il gravame.

Sussistono giustificate ragioni per disporre la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando sul ricorso, lo

accoglie ordinando alla stazione appaltante di consentire l'accesso anche con estrazione di copia.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 2009 con l'intervento dei Magistrati:

***** , Presidente

***** , Consigliere

***** , ***** , Estensore

***** , Consigliere

***** , Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/10/2009

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

Il Direttore della Sezione

<https://www.diritto.it/ebbene-ne-l-art-13-co-6-d-lgs-n-1632006-ne-l-art-24-nella-formulazione-risultante-a-s-eguito-della-legge-n-152005-prevedono-che-l-accesso-c-d-difensivo-come-tale-prevalente-sulle-antag/>