

Decisiva appare, al riguardo, la ricostruzione del quadro normativo risultante dagli artt. 13, D. Lgs. n. 163/2006, e 22 e seguenti, legge n. 241/1990

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Come già osservato dal Consiglio di Stato, il comma 5 dell'art. 13, D. Lgs. n. 163/2006, a salvaguardia del diritto alla riservatezza dei partecipanti alle procedure di affidamento, prevede che "fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti segretiati 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 indicata 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.

Si tratta di manifestazione nel caso di specie espressa dalla società appellante.

D'altra parte, 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.

Posto l'illustrato quadro normativo, è necessario verificare se, nel caso in esame, la compromissione della riservatezza commerciale propria della società appellante, conseguente alla disvelazione della documentazione oggetto dell'istanza di accesso respinta dalla stazione appaltante, possa giustificarsi in considerazione delle effettive necessità difensive proprie della Controinteressata S.r.l.

Orbene, se nessuna questione può porsi con riguardo agli atti di aggiudicazione provvisoria e definitiva, nonché con riguardo al contratto stipulato dalla Fondazione con la società appellante, la cui ostensione in alcun modo può sacrificare l'indicata posizione di riservatezza -sicché non viene in considerazione la necessità di comparare la riservatezza dell'una e le esigenze difensive dell'altra delle due società in causa- il problema si pone, invece, con riferimento all'offerta presentata da Ricorrente Italia S.r.l. e ai verbali recanti la valutazione della stessa.

Ebbene, il sacrificio della posizione di riservatezza commerciale di cui Ricorrente Italia S.r.l. è titolare -posizione come osservato presidiata dalla previsione di cui all'art. 13, co. 5, D. Lgs. n. 163/2006- può in concreto ammettersi solo in presenza di concrete esigenze difensive proprie della Controinteressata S.r.l., giusta la disposizione contenuta nel successivo comma 6 della stessa disposizione.

Scontato osservare che le esigenze difensive e la relativa portata devono essere riscontrate tenendo conto

dell'effettiva consistenza delle pretese già azionate nei giudizi principali, oltre che degli esiti, ancorché parziali e non definitivi, degli stessi.

Orbene, come già osservato, le domande con cui, in primo grado, Controinteressata S.r.l. ha chiesto l'annullamento dell'esclusione adottata in suo danno dalla stazione appaltante, oltre che dell'ammissione della controinteressata Ricorrente Italia S.r.l., sono state già accolte dal primo giudice sulla scorta di ragioni che non hanno in alcun modo imposto il riscontro processuale di quanto dalla stessa Ricorrente Italia S.r.l. indicato nelle offerte, né, tanto meno, della valutazione espressa al riguardo dalla Fondazione XX marzo 2006.

Detto altrimenti, il primo giudice, nel definire il giudizio principale nel quale il contenzioso in tema di accesso è stato innestato con lo strumento rimediabile incidentale di cui all'art. 25, co. 5, l. n. 241 del 1990, non è stato chiamato ad apprezzare i termini dell'offerta di cui è stata chiesta l'ostensione, né tanto meno la legittimità della valutazione che della stessa ha dato la stazione appaltante.

Consegue l'irrelevanza della conoscenza di quegli atti nella prospettiva della compiuta elaborazione di un'efficace strategia difensiva ad opera della Controinteressata S.r.l.

Né può allo stato ritenersi che quella conoscenza sia necessaria nel prosieguo del giudizio, attesa l'evidente ininfluenza che la conoscenza dell'offerta presentata in gara dalla Ricorrente Italia S.r.l. presenta rispetto alla domanda, già presentata da Controinteressata S.r.l., di declaratoria di nullità o inefficacia del contratto nelle more concluso dalla Fondazione XX marzo 2006 con Ricorrente Italia S.r.l.

Del resto, attese le ragioni poste dal primo giudice a fondamento del disposto accoglimento delle domande di tipo demolitorio, quella conoscenza appare parimenti ininfluenza allo stato rispetto all'eventuale proposizione di ulteriori pretese di tipo risarcitorio.

Alla stregua delle esposte ragioni va accolto il gravame nei termini e nei limiti sopra espressi.

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 2814 del 10 maggio 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 02814/2010 REG.DEC.

N. 00370/2010 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 370 del 2010, proposto da:

Ricorrente Italia S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. *****, con domicilio eletto presso ***** in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

Controinteressata S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. *****, *****, ***** , con domicilio eletto presso ***** in Roma, via Pierluigi Da Palestrina,63;

nei confronti di

Fondazione XX Marzo 2006, ALFA S.r.l.;

per la riforma

della ordinanza sospensiva del T.A.R. PIEMONTE - TORINO: SEZIONE I n. 01004/2009, resa tra le parti, concernente GARA PER INDIVIDUAZIONE SOCIO PRIVATO.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Controinteressata S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 30 marzo 2010 il consigliere ***** e uditi per le parti gli avvocati ***** e *****;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con l'ordinanza gravata è stato accolto il ricorso proposto dalla società odierna appellata, ai sensi dell'art.

25, co. 5, l. n. 241 del 1990, avverso il provvedimento con cui la Fondazione XX marzo 2006 ha respinto l'istanza di accesso a taluni atti della procedura indetta dalla stessa Fondazione per l'individuazione del socio privato della ALFA S.r.l. (società interamente posseduta dalla Fondazione).

Nel dettaglio, la Controinteressata S.r.l., con due distinti ricorsi, ha impugnato dapprima il provvedimento con cui è stata ammessa alla suindicata procedura la Ricorrente Italia S.r.l. e, successivamente, l'atto con cui la Fondazione ha escluso dalla gara la stessa Controinteressata S.r.l.

In seno alla vicenda processuale attivata con il ricorso avente ad oggetto l'atto di esclusione adottato in danno della Controinteressata S.r.l., la società ricorrente in primo grado ha impugnato il provvedimento con cui la Fondazione XX marzo 2006 ha respinto l'istanza di accesso a taluni atti della procedura, tra cui l'offerta presentata da Ricorrente Italia S.r.l., i verbali della commissione giudicatrice recante valutazione della stessa offerta, l'aggiudicazione provvisoria e definitiva, il contratto e la corrispondenza intercorsa tra stazione appaltante e Controinteressata S.r.l.

Con l'ordinanza gravata il primo giudice ha accolto il ricorso ritenendo la sussistenza, in capo a Controinteressata S.r.l., dell'interesse alla visione ed estrazione di copia degli atti richiesti, tra cui l'offerta tecnica presentata dalla Ricorrente Italia S.r.l.: ha, in particolare, reputato "palese l'inerenza della predetta documentazione e della conoscenza del suo contenuto alla migliore difesa delle ragioni azionate dalla ricorrente Controinteressata S.r.l. nel ricorso dalla stessa proposto avverso l'atto di esclusione adottato in suo danno dalla Fondazione XX marzo 2006".

A tale esito il primo giudice è pervenuto sulla scorta dell'interpretazione dei commi 5 e 6 dell'art. 13 del d.lgs. n. 163/2006, osservando che, se "è escluso l'accesso alle informazioni fornite nell'ambito delle offerte e costituenti segreti tecnici o commerciali, secondo motivata dichiarazione dell'offerente", "pertuttavia, la divisata motivata dichiarazione di emergenza di segreti tecnici o commerciali, in forza del successivo comma 6 della norma in esame, non osta all'obbligo dell'Amministrazione di ostendere la richiesta documentazione, laddove la norma dispone che è comunque consentito l'accesso al concorrente che lo richieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di

affidamento”.

Propone gravame Ricorrente Italia S.r.l. ritenendo l’erroneità della pronuncia impugnata di cui chiede l’annullamento.

All’udienza del 30 marzo 2010 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Il ricorso va in parte accolto.

Giova considerare che, con sentenza 1 marzo 2010, n. 1292, il primo giudice, pronunciando sui ricorsi principali proposti da Controinteressata S.r.l. rispettivamente avverso l’atto di ammissione in gara adottato dalla Fondazione XX marzo 2006 in favore di Ricorrente Italia S.r.l. e quello di esclusione adottato in suo danno, li ha riuniti e li ha accolti; sono stati, pertanto, dal giudice di primo grado annullati l’esclusione in danno della Controinteressata S.r.l., l’ammissione e l’aggiudicazione in favore della Ricorrente Italia S.r.l.

E’ opportuno ancora tener conto che la pronuncia caducatoria non esaurisce il giudizio di primo grado, destinato a proseguire per la definizione della domanda, già proposta dalla Controinteressata S.r.l., di declaratoria di nullità o inefficacia del contratto nelle more concluso dalla Fondazione XX marzo 2006 con Ricorrente Italia S.r.l.: domanda in relazione alla quale pende regolamento preventivo di giurisdizione.

Non può escludersi in astratto, del resto, che possano essere azionate dalla Controinteressata S.r.l. pretese di tipo risarcitorio.

Ciò posto, ritiene il Collegio che il ricorso in appello meriti accoglimento nei termini di seguito illustrati.

***** appare, al riguardo, la ricostruzione del quadro normativo risultante dagli artt. 13, D. Lgs. n. 163/2006, e 22 e seguenti, legge n. 241/1990.

Come già osservato dal Consiglio di Stato, il comma 5 dell'art. 13, D. Lgs. n. 163/2006, a salvaguardia del diritto alla riservatezza dei partecipanti alle procedure di affidamento, prevede 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 indicata 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.

Si tratta di manifestazione nel caso di specie espressa dalla società appellante.

D'altra parte, 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.

Posto l'illustrato quadro normativo, è necessario verificare se, nel caso in esame, la compromissione della riservatezza commerciale propria della società appellante, conseguente alla disvelazione della documentazione oggetto dell'istanza di accesso respinta dalla stazione appaltante, possa giustificarsi in considerazione delle effettive necessità difensive proprie della Controinteressata S.r.l.

Orbene, se nessuna questione può porsi con riguardo agli atti di aggiudicazione provvisoria e definitiva, nonché con riguardo al contratto stipulato dalla Fondazione con la società appellante, la cui ostensione in alcun modo può sacrificare l'indicata posizione di riservatezza -sicché non viene in considerazione la necessità di comparare la riservatezza dell'una e le esigenze difensive dell'altra delle due società in causa- il problema si pone, invece, con riferimento all'offerta presentata da Ricorrente Italia S.r.l. e ai verbali recanti la valutazione della stessa.

Ebbene, il sacrificio della posizione di riservatezza commerciale di cui Ricorrente Italia S.r.l. è titolare -posizione come osservato presidiata dalla previsione di cui all'art. 13, co. 5, D. Lgs. n. 163/2006- può in concreto ammettersi solo in presenza di concrete esigenze difensive proprie della Controinteressata S.r.l., giusta la disposizione contenuta nel successivo comma 6 della stessa disposizione.

Scontato osservare che le esigenze difensive e la relativa portata devono essere riscontrate tenendo conto

dell'effettiva consistenza delle pretese già azionate nei giudizi principali, oltre che degli esiti, ancorché parziali e non definitivi, degli stessi.

Orbene, come già osservato, le domande con cui, in primo grado, Controinteressata S.r.l. ha chiesto l'annullamento dell'esclusione adottata in suo danno dalla stazione appaltante, oltre che dell'ammissione della controinteressata Ricorrente Italia S.r.l., sono state già accolte dal primo giudice sulla scorta di ragioni che non hanno in alcun modo imposto il riscontro processuale di quanto dalla stessa Ricorrente Italia S.r.l. indicato nelle offerte, né, tanto meno, della valutazione espressa al riguardo dalla Fondazione XX marzo 2006.

Detto altrimenti, il primo giudice, nel definire il giudizio principale nel quale il contenzioso in tema di accesso è stato innestato con lo strumento rimediabile incidentale di cui all'art. 25, co. 5, l. n. 241 del 1990, non è stato chiamato ad apprezzare i termini dell'offerta di cui è stata chiesta l'ostensione, né tanto meno la legittimità della valutazione che della stessa ha dato la stazione appaltante.

Consegue l'irrelevanza della conoscenza di quegli atti nella prospettiva della compiuta elaborazione di un'efficace strategia difensiva ad opera della Controinteressata S.r.l.

Né può allo stato ritenersi che quella conoscenza sia necessaria nel prosieguo del giudizio, attesa l'evidente ininfluenza che la conoscenza dell'offerta presentata in gara dalla Ricorrente Italia S.r.l. presenta rispetto alla domanda, già presentata da Controinteressata S.r.l., di declaratoria di nullità o inefficacia del contratto nelle more concluso dalla Fondazione XX marzo 2006 con Ricorrente Italia S.r.l.

Del resto, attese le ragioni poste dal primo giudice a fondamento del disposto accoglimento delle domande di tipo demolitorio, quella conoscenza appare parimenti ininfluenza allo stato rispetto all'eventuale proposizione di ulteriori pretese di tipo risarcitorio.

Alla stregua delle esposte ragioni va accolto il gravame nei termini e nei limiti sopra espressi.

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 nei termini di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 marzo 2010 con l'intervento dei Signori:

***** , Presidente

***** , Consigliere