

Diritto di accesso agli atti di gara

Data di pubblicazione: 22 Maggio 2019

sentenza 16 maggio 2019* (sulla disciplina prevista per l'accesso agli atti di gara ed in particolare sulla possibilità di negare l'accesso solo nel caso di atti contenenti segreti tecnici o commerciali).

TAR LOMBARDIA - MILANO, SEZ. I – sentenza 16 maggio 2019 n. 1121 – Pres. Giordano, Est. Gatti - Italgreen S.p.a. (Avv. Monti) c. Comune di Rozzano (Avv. Zoppolato) e Limonta Sport S.p.a. (Avv. Tozzi) – (accoglie).

1. Atto amministrativo – Diritto di accesso – Contemperamento tra esigenze di trasparenza e tutela buon andamento della P.A. – Si raggiunge mediante una individuazione sufficientemente precisa degli atti ai quali si vuole accedere.

2-3. Atto amministrativo – Diritto di accesso – Agli atti di gara – Disciplina prevista dall'art. 53, 5° comma, D.Lgs. n. 50/2016 – Esclusione solo degli atti che costituiscono segreti tecnici o commerciali – Dimostrazione della sussistenza di un segreto – Spetta sia alla impresa interessata che alla P.A. appaltante – Mancata dimostrazione – Illegittimità del diniego.

4. Atto amministrativo – Diritto di accesso – Agli atti di gara – Disciplina prevista dall'art. 53, 5° comma, D.Lgs. n. 50/2016 – Esclusione solo degli atti che costituiscono segreti tecnici o commerciali – Sussistenza all'interno di alcuni documenti di informazioni riservate – Oscuramento delle sole informazioni riservate – Sufficienza – Diniego di rilascio dell'intero documento – Impossibilità.

1. In tema di accesso agli atti della P.A., la necessità di coniugare il diritto alla trasparenza con l'esigenza di non pregiudicare, attraverso un improprio esercizio del diritto di accesso, il buon andamento dell'Amministrazione, è soddisfatto laddove nell'istanza siano individuati gli atti in modo sufficientemente preciso e circoscritto, in modo da evitare che quest'ultima sia costretta a compiere un'attività di ricerca e di elaborazione (1).

2. In tema di accesso agli atti di una gara di appalto, la lettera a) del quinto comma dell'art. 53 [D.Lgs. n. 50/2016](#), analogamente a quanto previsto dal previgente art. 13 del [D.Lgs. 163/2006](#), esclude dall'esercizio del diritto di accesso le informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali. In particolare, ciò che viene sottratto dall'accesso, non è l'offerta nel suo complesso, quanto invece, la sola parte che contiene informazioni che costituiscono segreti tecnici o commerciali (2).

3. E' illegittimo il diniego di accesso ad una offerta presentata in gara che si fonda sulle affermazioni dell'impresa interessata volte a comprovare la sussistenza di "segreti tecnici o commerciali" allorchè le affermazioni stesse siano apodittiche, generiche, e pertanto, non minimamente motivate, laddove invece, l'esclusione dall'accesso presuppone la puntuale dimostrazione che le informazioni richieste siano coperte dal segreto (3). Infatti, in caso di diniego su un'istanza di accesso, l'Amministrazione ha l'onere di rappresentare quali sono le specifiche ragioni di tutela del segreto industriale e commerciale custodito negli atti di gara, in riferimento a precisi dati tecnici (4).

4. Nel caso in cui alcune informazioni contenute nei documenti oggetto della domanda di accesso siano da ritenere riservate, in ogni caso le stesso possono essere tutelate non già negando *in toto* il rilascio della copia dei documenti, ma con il parziale oscuramento dei relativi atti (5), mediante cancellature od *omissis*, su richiesta della impresa interessata (6).

(1) Cfr. T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. III, 26 settembre 2018, n. 2151.

(2) T.A.R. Valle d'Aosta, Sez. I, 5 giugno 2017, n. 34, in *LexItalia.it*, pag. <http://www.lexitalia.it/a/2017/92699>

(3) T.A.R. Sardegna, Sez. II, 26 ottobre 2015, n. 1081.

(4) T.A.R. Sicilia - Catania, Sez. III, 30 agosto 2016, n. 2192.

(5) Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 16 luglio 2018 n. 4312.

(6) T.A.R. Campania - Napoli, Sez. VI, 25 marzo 2010, n. 1657.

Ha aggiunto inoltre la sentenza in rassegna che nella specie l'interesse che sorreggeva la richiesta di accesso della ricorrente, non atteneva tanto alla conoscenza del contenuto tecnico dei documenti oggetto della sua istanza, quanto piuttosto alla necessità di comparare l'offerta della controinteressata con la documentazione acquisita dalla stazione appaltante, ciò che pare poter avere luogo anche a fronte dello stralcio di talune informazioni a ciò non essenziali, risultando pertanto il diniego impugnato sproporzionato, e quindi, ulteriormente illegittimo.

Pubblicato il 16/05/2019

N. 01121/2019 REG.PROV.COLL.

N. 00281/2019 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 281 del 2019, proposto da

Italgreen S.p.a., rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Monti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Via Marcello Malpighi n. 12;

contro

Comune di Rozzano, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Maurizio Zoppolato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Dante n. 16;

nei confronti

Limonta Sport S.p.a., rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Milano, presso la Segreteria del Tribunale;

per l'annullamento

della nota prot. 2019/0000904/GEN del 07.01.2019, inviata alla società ricorrente in pari data, con cui il dirigente della Direzione Programmazione e gestione del territorio del Comune di Rozzano ha trasmesso alla suddetta società solo parte dei documenti relativi all'offerta tecnica della società aggiudicataria Limonta Sport SPA di Erba (CO) nella procedura aperta per l'affidamento dei "lavori di rifunionalizzazione degli impianti sportivi di Via Monte Amiata - Via Vesuvio CUP B26H18000070004 CIG 7611989C07", richiesta con nota del 26.11.2018, della nota prot. 2019/0004183/GEN del 25.01.2019 del medesimo dirigente della Direzione Programmazione e gestione del territorio del Comune di Rozzano, inviata alla ricorrente in pari data, nella parte in cui, "conferma il parziale diniego per la parte di documentazione relativa ai contratti con i privati trasmessi" dalla Limonta Sport S.p.a., nonché per l'accertamento del diritto della società ricorrente all'accesso, mediante estrazione di copia, all'offerta tecnica della società aggiudicataria Limonta Sport S.p.A. di Erba nella sua integralità.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Rozzano e di Limonta Sport S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 aprile 2019 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Rozzano ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei lavori di rifunionalizzazione di taluni impianti sportivi, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che è stata aggiudicata all'attuale controinteressata, ed impugnata dalla ricorrente, nel giudizio R.G. n. 311/2019.

Ai fini che rilevano in questa sede, nell'ambito dei criteri di valutazione, l'art. 14 del disciplinare, prevedeva l'attribuzione di 10 punti in relazione ai "numeri di campi da calcio realizzati omologati negli ultimi tre anni" (subcriterio A1). A seguito della richiesta inoltrata in data 26.10.2018 dalla stazione appaltante, "ai fini di consentire alla Commissione la corretta valutazione", del predetto parametro i concorrenti sono stati invitati ad elaborare un'apposita tabella, indicando i committenti dei relativi contratti.

Con istanza del 26.11.2018, la società ricorrente ha chiesto al Comune di Rozzano l'accesso all'offerta tecnica dell'aggiudicataria.

In data 4.12.2018, la controinteressata ha comunicato al Comune di Rozzano, "come già dichiarato in sede di offerta", la propria opposizione all'accesso della documentazione relativa "ai dati tecnici dei manti in erba artificiale" contenuti nelle schede tecniche e nei certificati di laboratorio ivi indicati, trattandosi "di prodotti di nuova progettazione e concezione, nonché top dell'attuale gamma di pavimenti sportivi di Limonta Sport S.p.a.", rivestendo "carattere di segretezza industriale". Parimenti, la controinteressata, si è opposta alla comunicazione dei dati relativi ai committenti privati (società sportive, parrocchie, oratori, ecc.) dei campi dalla stessa realizzati, "in quanto trattasi di dati di patrimonio aziendale, destinatari di attività e opportunità commerciali riservate, continuative e nuove delle nostre aziende".

A seguito della predetta istanza, della parziale opposizione della controinteressata, il Comune di Rozzano ha consentito solo un parziale accesso alla documentazione richiesta, ciò che è stato contestato dalla ricorrente, con nota del 14.12.2018.

Con l'impugnata nota n. 904 del 7.1.2019, il Comune di Rozzano, che aveva nel frattempo richiesto

all'aggiudicataria di comprovare il possesso dei requisiti oggetto di autocertificazione, ha trasmesso alla ricorrente "la documentazione relativa alle certificazioni dei lavori effettuati dichiarati in gara", precisando che "non viene trasmessa la documentazione relativa ai contratti che sono coperti da segreto industriale posto dalla Ditta Limonta".

Con nota del 9.1.2019, la ricorrente ha presentato una richiesta di riesame parziale del diniego, segnalando in particolare che un "segreto industriale non è nemmeno prospettabile in relazione ai documenti per i quali è stato negato l'accesso, trattandosi di meri certificati da cui risultano i campi che sarebbero stati realizzati dalla Limonta Sport S.p.a. e le relative stazioni appaltanti", aggiungendo che "l'accesso documentale da Lei parzialmente negato ci è necessario per la tutela giurisdizionale dei nostri interessi e ciò vale, di per sé, ad escludere l'opponibilità del preteso segreto industriale posto dalla Limonta Sport S.p.a".

Con nota del 25.1.2019, parimenti impugnata, il Comune di Rozzano ha confermato "il parziale diniego per la parte di documentazione relativa ai contratti con i privati trasmessi alla scrivente Direzione dalla citata Ditta".

Il Comune di Rozzano e la controinteressata si sono costituiti in giudizio, insistendo per il rigetto del ricorso, in rito e nel merito.

Alla camera di consiglio del 17.4.2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

I) In via preliminare, osserva il Collegio che, in relazione a quanto esposto nella parte in fatto, il presente giudizio ha ad oggetto sia l'elenco dei committenti dei campi omologati realizzati dalla controinteressata, e dalla stessa indicati nell'offerta tecnica, che "la documentazione relativa alle certificazioni dei lavori effettuati dichiarati in gara", richiestale dalla stazione appaltante in sede di controllo delle autocertificazioni.

II.1) Ancora in via preliminare, il Collegio deve esaminare l'eccezione di tardività del ricorso sollevata dalla difesa comunale, che è tuttavia infondata.

Malgrado infatti l'istante abbia formulato una prima richiesta di accesso in data 26.11.2018, e la notifica del presente ricorso abbia avuto luogo in data 4.2.2019, solo con la nota n. 904 del 7.1.2019, ritualmente impugnata, il Comune di Rozzano ha comunicato che non le sarebbe stata trasmessa la documentazione richiesta.

Inoltre, a fronte della richiesta di riesame di tale diniego, con nota del 25.1.2019, parimenti impugnata, il Comune di Rozzano si è nuovamente pronunciato con un provvedimento espresso, confermando "il parziale diniego per la parte di documentazione relativa ai contratti con i privati trasmessi alla scrivente Direzione dalla citata Ditta".

In altre parole, malgrado sia provato che, sin dal 14.12.2018, la ricorrente avesse appreso, in via di fatto, che la sua richiesta non sarebbe stata riscontrata positivamente, solo in data 7.1.2019 il Comune di Rozzano ha adottato il relativo provvedimento, ed evidenziato le relative motivazioni.

Ad abundantiam, come detto, a seguito della richiesta di riesame, in data 25.1.2019, il Comune resistente si è comunque nuovamente pronunciato, adottando un nuovo atto, parimenti impugnato con il presente ricorso, che risulta pertanto tempestivo.

II.2) Sotto altro profilo, la difesa comunale deduce l'inammissibilità del ricorso per indeterminatezza dell'oggetto della domanda di accesso, in quanto genericamente riferita all'offerta tecnica.

Ritiene in contrario il Collegio che l'istanza della ricorrente consentisse esattamente l'individuazione dei documenti richiesti, essendo pertanto sufficientemente determinata.

Per giurisprudenza pacifica, la necessità di coniugare il diritto alla trasparenza con l'esigenza di non pregiudicare, attraverso un improprio esercizio del diritto di accesso, il buon andamento dell'Amministrazione, è infatti soddisfatto laddove, come ha avuto luogo nel caso di specie, nell'istanza siano individuati gli atti in modo sufficientemente

preciso e circoscritto, in modo da evitare che quest'ultima sia costretta a compiere un'attività di ricerca e di elaborazione (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 26.9.2018, n. 2151).

II.3) A sua volta, secondo la controinteressata, il presente ricorso sarebbe inammissibile, per non aver contestato i dinieghi che ne formano oggetto nell'ambito del citato giudizio R.G. n. 311/19, come invece, a suo dire, richiederebbe l'art. 116 c.p.a.

Anche tale eccezione è infondata, in relazione al chiaro tenore letterale della norma che la controinteressata ritiene erroneamente violata, secondo cui, il ricorso "può essere proposto con istanza depositata presso la Segreteria della Sezione cui è assegnato il ricorso principale", definendo pertanto tale adempimento in termini meramente alternativi rispetto all'instaurazione di un autonomo contenzioso.

II.4) Infine, secondo la controinteressata, il presente ricorso andrebbe dichiarato inammissibile, per carenza di interesse.

Osserva in contrario il Collegio che, nel citato giudizio R.G. n. 311/2019, la ricorrente ha contestato l'assegnazione dei punteggi all'aggiudicataria, in relazione al parametro A.1, sostenendo che quest'ultima avrebbe comprovato la realizzazione di soli 66 campi da gioco, a fronte dei 105 indicati nell'offerta tecnica, come desumibile dal suo raffronto con le certificazioni dei committenti pubblici e privati prodotte alla stazione appaltante.

Ritiene il Collegio che, al fine di dimostrare la fondatezza dei propri argomenti, la ricorrente necessiti effettivamente dell'accesso all'offerta tecnica della controinteressata in parte qua, e pertanto, all'elenco dei campi da gioco e relativi committenti che quest'ultima ha messo a disposizione della Commissione al fine dell'assegnazione del punteggio di cui al citato parametro A.1, oltretutto alle predette certificazioni, non potendo infatti dimostrare l'eventuale divergenza delle risultanze di detti documenti, se non mediante il loro raffronto.

III.1) Quanto al merito, in linea generale, osserva il Collegio che la lettera a) del quinto comma dell'art. 53 D.Lgs. n. 50/2016, analogamente a quanto previsto dal previgente art. 13 del D.Lgs. 163/2006, esclude dall'esercizio del diritto di accesso le informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali.

In particolare, ciò che viene sottratto dall'accesso, non è l'offerta nel suo complesso, quanto invece, la sola parte che contiene informazioni che costituiscono segreti tecnici o commerciali (T.A.R. Valle d'Aosta, Sez. I, 5.6.2017, n. 34).

Inoltre, mentre chi si oppone all'accesso può sempre evidenziare le ragioni per cui ritiene che le informazioni contenute nell'offerta siano segreti tecnici o commerciali, chi richiede invece l'ostensione dei documenti, può trovarsi invece in una situazione di estrema difficoltà, ignorandone solitamente il contenuto (T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 26.2.2015, n. 194).

III.2) L'applicazione di detti predetti principi alla fattispecie per cui è causa, comporta l'accoglimento del presente ricorso.

In primo luogo, osserva il Collegio che le citate affermazioni della controinteressata, volte a comprovare la sussistenza di "segreti tecnici o commerciali" che dovrebbero prevalere sul diritto alla difesa in giudizio della ricorrente, sono infatti apodittiche, generiche, e pertanto, non minimamente motivate, laddove invece, l'esclusione dall'accesso "presuppone la puntuale dimostrazione che le informazioni richieste siano coperte dal segreto" (T.A.R. Sardegna, Sez. II, 26.10.2015, n. 1081).

Analogamente, in caso di diniego su un'istanza di accesso, l'Amministrazione ha l'onere di rappresentare quali sono le specifiche ragioni di tutela del segreto industriale e commerciale custodito negli atti di gara, in riferimento a precisi dati tecnici (T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 30.8.2016, n. 2192), conseguendone l'illegittimità dei provvedimenti impugnati, che si sono invece limitati a recepire acriticamente le richieste della controinteressata, come detto, a loro volta sostanzialmente prive di motivazione.

III.3) In particolare, non risulta comprovata alcuna esigenza di riservatezza tale da giustificare il diniego all'accesso ai nominativi dei committenti dei campi da gioco realizzati dalla ricorrente, non essendo dimostrato il carattere segreto di tali dati.

Con riferimento alle ulteriori informazioni contenute nei documenti oggetto della domanda di accesso, ribadito che le esigenze correlate alla loro riservatezza non sono state adeguatamente indicate nei provvedimenti impugnati, e non possono conseguentemente essere apprezzate dal Collegio, in ogni caso, le stesse avrebbero eventualmente potuto essere tutelate con il parziale oscuramento dei relativi atti (C.S., Sez. III, 16.7.2018 n. 4312), mediante cancellature od omissis, su richiesta della controinteressata (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 25.3.2010, n. 1657).

Inoltre, osserva il Collegio che, come sopra evidenziato, l'interesse che sorregge la richiesta di accesso della ricorrente, non attiene tanto alla conoscenza del contenuto tecnico dei documenti oggetto della sua istanza, quanto piuttosto alla necessità di comparare l'offerta della controinteressata con la documentazione acquisita dalla stazione appaltante, ciò che pare poter avere luogo anche a fronte dello stralcio di talune informazioni a ciò non essenziali, risultando pertanto il diniego impugnato sproporzionato, e quindi, ulteriormente illegittimo.

In conclusione, il ricorso va pertanto accolto, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione.

Le spese, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei termini di cui in motivazione, e per l'effetto, ordina al Comune di Rozzano, entro e non oltre trenta giorni dalla data di comunicazione o notificazione della presente sentenza, di esibire alla ricorrente l'offerta tecnica dell'aggiudicataria, consentendone l'estrazione di copia.

Condanna il Comune di Rozzano e la controinteressata, in solido tra loro, al pagamento delle spese processuali in favore della ricorrente, equitativamente e complessivamente liquidate in Euro 2.500,00, oltre al rimborso del contributo unificato e agli oneri di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 17 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Mauro Gatti, Consigliere, Estensore

Rocco Vampa, Referendario

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Mauro Gatti Domenico Giordano