

Pubblicato il 03/09/2019

N. 10689/2019 REG.PROV.COLL.
N. 06200/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6200 del 2019, proposto da Soc. Coop. Diemme R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Daniele Vagnozzi, Anna Palmerini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Daniele Vagnozzi in Roma, via Giunio Bazzoni n. 3;

contro

Fondazione Musica per Roma, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Angelo Clarizia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Principessa Clotilde n. 2;

nei confronti

I.C. Servizi S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Fulvio Ceglie, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Bsf S.r.l., Consorzio Stabile Euro Global Service Grandi Appalti non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione servizio di pulizia e sanificazione presso il Parco della Musica

e contestuale ricorso per l'accesso

anche ai sensi dell'art. 116 c.p.a., per l'annullamento

- della nota prot. 189/GA/19/PUL del 10 maggio 2019 (doc. 3), a firma del Rup, con cui la stazione appaltante ha negato alla ricorrente l'accesso alle offerte tecniche delle prime due classificate e agli atti del subprocedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta I.C. Servizi s.r.l.;

- della nota prot. 193/19/GA/PUL con cui il diniego è stato reiterato:

- per l'accertamento e la declaratoria del diritto della ricorrente ad accedere agli atti negati dalla Fondazione ed estrarne copia.

E per la condanna

della stazione appaltante a consentire la visione e l'estrazione di copia dei suddetti documenti entro il termine ritenuto di giustizia;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Fondazione Musica per Roma e di I.C. Servizi S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 16 luglio 2019 la dott.ssa Maria Laura Maddalena e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe, parte ricorrente propone due distinte domande: una di annullamento degli atti di gara e un'altra, ai sensi dell'art. 116 c.p.a., per l'annullamento della nota prot. 189/GA/19/PUL del 10 maggio 2019, a firma del Rup, con cui la stazione appaltante ha negato alla ricorrente l'accesso alle offerte tecniche delle prime due classificate e agli atti del subprocedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta I.C. Servizi s.r.l.,

nonché della nota prot. 193/19/GA/PUL con cui il diniego è stato reiterato. Chiede inoltre l'accertamento e la declaratoria del diritto della ricorrente ad accedere agli atti negati dalla Fondazione ed estrarne copia e al conseguente condanna di parte resistente a consentire la visione e l'estrazione di copia dei suddetti documenti entro il termine ritenuto di giustizia.

In questa sede, la causa è stata chiamata unicamente con riferimento alla domanda di accesso ex art. 116 c.p.a.

Esponde, in punto di fatto, la ricorrente che con bando del 29.11.2016, la Fondazione resistente ha indetto una procedura ristretta per l'affidamento del servizio triennale di pulizia e sanificazione presso il complesso immobiliare denominato Parco della Musica in Roma, per un importo a base d'asta di € 2.003.520,83 al lordo degli oneri di sicurezza, quantificati in € 29.608,68.

Il punto IV.2) del bando stabiliva che la gara sarebbe stata aggiudicata secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con un massimo di 60 punti per l'offerta tecnica e di 40 per quella economica.

Per quanto riguarda l'offerta economica, rileva la ricorrente che il fac simile allegato alla lettera d'invito prevedeva che il concorrente offrisse soltanto un prezzo complessivo riferito al triennio, senza specificare alcunché in ordine alla composizione di tale importo, né tantomeno precisare quello considerato per la retribuzione della manodopera.

Il disciplinare tecnico, all'art. 4.4. quantificava in 98.550 le ore occorrenti per svolgere il servizio.

Con pec del 15.4.2019 la Fondazione comunicava alla ricorrente che la gara era stata aggiudicata alla I.C. Servizi s.r.l.

Dal verbale conclusivo risultava la seguente classifica:

- 1) I.C. Servizi s.r.l., punti 90,98 (offerta di € 1.628.747,14 al netto di Iva ed oneri di sicurezza);
- 2) BSF s.r.l., punti 90,07 (offerta di € 1.607.836,00 al netto di Iva ed oneri di sicurezza);

- 3) Consorzio Stabile Euro Global Service Grandi Appalti, punti 89,42 (offerta di € 1.587.753,92 al netto di Iva ed oneri di sicurezza);
- 4) Diemme s.c.r.l., punti 88,63 (offerta di € 1.741.154,63 al netto di Iva ed oneri di sicurezza).

Dalla graduatoria si evinceva che anche la ricorrente aveva conseguito il miglior punteggio per l'offerta tecnica (alla pari con la I.C. Servizi) e che i 2,35 punti di scarto finali rispetto alla prima classificata erano dovuti soltanto al punteggio per l'aspetto economico.

L'offerta aggiudicataria era stata sottoposta a verifica di congruità con esito positivo.

La ricorrente formulava in data 17.4.2019 quindi istanza di accesso agli atti di gara, chiedendo copia, in particolare, dei verbali della commissione, delle offerte tecniche ed economiche dei primi tre classificati e degli atti del procedimento di valutazione di anomalia compiuto nei confronti dell'aggiudicatario.

Con nota del 10 maggio 2019, tuttavia, la Fondazione, consentiva l'accesso ai verbali e all'offerta completa della terza in graduatoria (Consorzio Stabile Euro Global Service Grandi Appalti), nonché alle sole offerte economiche di I.C. Servizi e BSF. Sulla base dell'opposizione dei primi due classificati, che avevano opposto esigenze di riservatezza, negava invece l'accesso alle offerte tecniche di I.C. Servizi e BSF, e persino agli atti del procedimento di verifica di congruità dell'offerta aggiudicataria.

Nonostante la ricorrente avesse contestato il diniego di accesso, con nota a firma del Rup del 23 maggio, la Fondazione respingeva l'istanza, asserendo che la ricorrente non avrebbe dimostrato un interesse diretto, concreto e attuale correlato alla tutela giurisdizionale dei propri interessi.

Tanto premesso, parte ricorrente ha proposto l'impugnazione del parziale diniego all'accesso di cui alle note della Fondazione del 10 e 23 maggio 2019, deducendo la seguente doglianza:

Violazione, falsa applicazione dell'art. 53 del d. lgs. n. 50/2016 e degli artt. 22 e ss. della legge 241/90. Errore della motivazione. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, sviamento, difetto dei presupposti. Violazione dei principi di trasparenza, imparzialità e buon andamento.

La ricorrente ha diritto di prendere visione ed estrarre copia degli atti che le sono stati negati, sia per la sua qualità di concorrente alla gara in questione –e, quindi, per poter tutelare il proprio interesse a verificare la legittimità dell'aggiudicazione e degli atti della procedura-, sia perché, in considerazione delle previsioni della *lex specialis* sul contenuto delle offerte, tali documenti contengono gli elementi necessari per valutare la congruità e sostenibilità delle proposte economiche delle prime due classificate.

Sotto un primo profilo, l'art. 53 del d. lgs. 50/2016 afferma, al comma 1, il diritto dei concorrenti di accedere agli atti delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, secondo la disciplina degli artt. 22 e ss. della legge 241/90.

Il successivo comma 5 lett. a) esclude dal 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*”.

Il comma 6, tuttavia, precisa poi 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*”.

Pertanto, allorché il concorrente intenda verificare la legittimità degli atti ai fini di una possibile tutela giurisdizionale dei propri diritti, l'eventuale esigenza di riservatezza sarebbe pertanto sempre recessiva rispetto a quella di trasparenza ed imparzialità tutelata dalle norme sull'accesso. Inoltre, il comma 5, lett. a) richiede che la dichiarazione del privato relativa ad eventuali segreti tecnici o commerciali da tutelare sia “*comprovata e motivata*”, mentre nel caso di specie si tratterebbe di dichiarazioni meramente generiche, prive di riscontri e riferimenti specifici a segreti industriali o brevetti, in quanto tali non idonee ad impedire l'accesso. Inoltre, gli atti del procedimento di verifica di congruità non possono essere sottratti al diritto di accesso, in quanto essi sono necessari

per l'accertamento della sostenibilità del prezzo rispetto alle prestazioni che l'aggiudicatario si è offerto di eseguire.

Rileva inoltre la ricorrente che l'accesso alle offerte tecniche (relazioni della "busta B) è indispensabile per verificare la congruità e sostenibilità delle offerte in quanto il modulo "offerta economica" richiedeva soltanto l'indicazione di un prezzo complessivo, dal quale non sarebbe possibile evincere l'importo considerato per le diverse componenti in cui si struttura l'offerta globale, e in particolare quello per la manodopera.

Tanto premesso, parte ricorrente, anche ai sensi dell'art. 116 c.p.a., chiedeva l'annullamento del parziale diniego impugnato (note prot. 189 e 193 del 10 e 23 maggio 2019) 'accertamento del diritto di Diemme all'accesso a tutti i documenti richiesti con l'istanza del 17 aprile 2019, e in particolare alle offerte tecniche delle prime due classificate e agli atti del procedimento di verifica di congruità eseguito nei confronti della I.C. Servizi, condannando la stazione appaltante a consentirne la visione e l'estrazione di copia.

La Fondazione Musica per Roma si è costituita ed ha depositato una memoria nella quale ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità per carenza d'interesse del ricorso per l'accesso, in conseguenza dell'inammissibilità, sotto plurimi profili, del ricorso avverso l'aggiudicazione.

Nel merito, ha rilevato che le istanze di accesso sono state respinte dall'odierna concludente, anche in ragione delle motivate opposizioni delle imprese controinteressate. L'accesso, in questi casi, secondo la parte resistente, può essere concesso solo laddove si ravvisi il parametro della "stretta indispensabilità" degli atti richiesti alle esigenze difensionali dell'istate, di cui all'art. 24, co. 7, secondo periodo, della l. n. 241/1990.

Sottolinea quindi a Fondazione che le esigenze difensive non sono idonee a radicare l'interesse qualora il concorrente – per i punteggi ottenuti – non possa comunque raggiungere il primo posto in graduatoria. Il richiedente deve avere una posizione qualificata nell'ambito della procedura di gara, tale

che l'accesso agli atti gli consenta di formulare motivi di ricorso che in astratto possano consentirgli aggiudicazione della gara.

Solo in tal caso può ravvisarsi il parametro della "stretta indispensabilità" che legittima la compromissione del diritto di riservatezza altrui.

Inoltre, secondo parte resistente, la ricorrente non avrebbe specificato la sussistenza di un interesse concreto ed attuale alla visione dei documenti cd riservati, posto che le istanze sarebbero generiche e meramente esplorative.

Infine, la seconda istanza sarebbe stata effettuata quando il termine per impugnare l'aggiudicazione era già scaduto, con la conseguenza che un interesse difensivo (con le caratteristiche delineate dalla giurisprudenza) era in radice da escludere.

L'eventuale illegittimità delle offerte delle prime due classificate e la conseguente esclusione delle stesse, avrebbe agevolato la terza classificata e non già DIEMME, classificatasi al quarto posto, tenuto conto anche che quest'ultima non ha mai prospettato in fase amministrativa dei vizi attinenti alle offerte della terza classificata, della quale aveva peraltro già ricevuto tutta la documentazione presentata in fase di gara.

Infine, la Fondazione ha rilevato che gli atti di opposizione delle imprese classificatesi al primo e secondo posto in graduatoria mirano ad evidenziare, in modo specifico, come le istanze di accesso abbiano ad oggetto informazioni sul *know how* aziendale la cui conoscenza assicurerebbe un indebito vantaggio sotto il profilo tecnico ed economico, anche in considerazione delle caratteristiche del servizio di pulizia oggetto di gara.

Anche la controinteressata IC servizi a depositato una memoria nella quale si è opposta all'accoglimento della domanda di accesso.

La causa, limitatamente all'esame della domanda di accesso, è stata quindi trattenuta in decisione.

La domanda di accesso ai documenti è fondata e merita accoglimento.

Essa infatti, ancorché proposta unitamente alla domanda principale, mantiene la propria autonomia processuale. Pertanto, anche quando si faccia valere il

diritto di accesso per esigenze defensionali, è precluso al giudice valutare, ai fini dell'ammissibilità e fondatezza della domanda di accesso, il merito della pretesa giudiziale cui essa è collegata, dovendo il giudice limitarsi unicamente ad apprezzare, in astratto, che sussista il collegamento tra l'atto oggetto della richiesta di accesso e la situazione soggettiva da tutelare. (cfr. ex multis Cons. Stato 13.4.2016, n. 1435).

Nel caso di specie, la strumentalità delle richieste di accesso rispetto alla impugnazione degli atti di gara appare sussistente, in quanto la ricorrente ha partecipato alla procedura di gara e, anche se si è classificata quarta, è comunque legittimata ad impugnare gli esiti della graduatoria con riferimento a tutte e tre le ditte che hanno ottenuto un punteggio superiore al suo, al fine di ottenere essa stessa l'aggiudicazione.

Essa è pertanto titolare di un interesse diretto, attuale e concreto.

Alla luce di tali argomentazioni vanno respinte le eccezioni di inammissibilità del ricorso per l'accesso ai documenti, sollevate tanto dalla Fondazione Musica per Roma quanto da IC servizi s.r.l.

Per quanto attiene in particolare agli atti della verifica di anomalia, non vi è dubbio che essi debbano essere ostesi alla ricorrente, con facoltà di estrarne propria, trattandosi di atti di gara.

Per quanto riguarda il bilanciamento tra le esigenze di riservatezza opposte dalle controinteressate circa l'accesso alle loro offerte tecniche, ritiene il Collegio che non possa farsi applicazione del parametro della "stretta indispensabilità", che si applica solo in caso di esigenze di riservatezza relative a interessi sensibilissimi, quale quello della salute o della vita privata. Nel caso in esame, invece, la sussistenza di esigenze defensionali giustifica di per sé il sacrificio delle esigenze di riservatezza opposte dalle controinteressate, esigenze che peraltro non risultano essere state adeguatamente documentate o specificate nei rispettivi atti di opposizione.

Deve pertanto disporsi, con sentenza parziale, l'annullamento dei dinieghi parziali di accesso impugnati e deve essere accertato il diritto del ricorrente

all'accesso agli atti richiesti. La Fondazione Musica per Roma dovrà pertanto, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione della presente sentenza, consentire la visione e l'estrazione di copia degli atti relativi alla verifica di anomalia dell'offerta nonché delle offerte tecniche delle controinteressate.

La causa verrà chiamata all'udienza pubblica del 19 novembre 2019 per la trattazione nel merito della domanda di annullamento degli atti di gara.

Le spese sono riservate al definitivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Ter), parzialmente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, limitatamente alla domanda di accesso ai documenti, la accoglie e per l'effetto ordina alla Fondazione Musica per Rona di consentire l'accesso ai documenti indicati in motivazione entro il termine di giorni 30 dalla comunicazione della presente sentenza.

Rinvia per la trattazione nel merito della domanda di annullamento degli atti di gara all'udienza pubblica del 19 novembre 2019.

Spese al definitivo.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 luglio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Pietro Morabito, Presidente

Maria Laura Maddalena, Consigliere, Estensore

Salvatore Gatto Costantino, Consigliere

L'ESTENSORE
Maria Laura Maddalena

IL PRESIDENTE
Pietro Morabito

IL SEGRETARIO