

Publicato il 07/01/2020

N. 00064/2020REG.PROV.COLL.
N. 02383/2019 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2383 del 2019, proposto da
Associazione temporanea di imprese Pasquale Alò S.r.l.- Sintexcal s.p.a.- Sipa s.p.a.- Siles s.r.l., in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Bruno, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio A. Placidi S.r.l. in Roma, via Barnaba Tortolini, 30;

contro

Aeroporti di Puglia s.p.a., non costituita in giudizio;

nei confronti

Consorzio Stabile Alveare Network, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Luigi Mariano e Fabio Patarnello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio presso lo studio A. Placidi s.r.l. in Roma, via Barnaba Tortolini, 30;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia – Bari, Sezione Prima, n. 227/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Consorzio Stabile Alveare Network;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2019 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Bruno e Patarnello, anche in dichiarata delega dell'avv. Mariano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

1.- Con bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 5 maggio 2017, Aeroporti di Puglia s.p.a. indiceva una gara per l'affidamento, con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, della progettazione e dei lavori di adeguamento e riqualificazione della infrastruttura di volo e dei relativi impianti all'interno dell'Aeroporto di Brindisi, per un importo a base di gara stimato in € 13.219.651,73.

All'esito della ammissione e valutazione delle offerte, risultava collocata al primo posto in graduatoria l'associazione temporanea di imprese tra Pasquale Alò s.r.l.- Sintexcal s.p.a.- Sipa s.p.a.- Siles s.r.l. (d'ora innanzi: ATI Alò S.r.l.) con il

punteggio di 92,35, seguita dal Consorzio Stabile Alveare Network.

Comunicato alle ditte concorrenti l'esito della gara, il 15 febbraio 2018 il Consorzio Alveare Network formalizzava istanza di accesso, finalizzata ad ottenere tutti gli atti di gara ed, in particolare, il complesso della documentazione relativa all'offerta tecnica presentata dall'ATI Alò s.r.l., compresa quella relativa alla fase di giustificazione dell'anomalia dell'offerta, nonché tutti i corrispondenti verbali della Commissione di gara con gli eventuali allegati.

A riscontro dell'istanza, in data 9 marzo 2018 Aeroporti di Puglia s.p.a. trasmetteva i soli verbali di gara, rappresentando – in relazione alle altre richieste – che l'accesso avrebbe dovuto essere differito all'esito della aggiudicazione.

Disposta l'aggiudicazione l'8 giugno 2018, il Consorzio rinnovava la richiesta di acquisire anche la documentazione tecnica dell'offerta risultata aggiudicataria, nonché quella relativa alla operata verifica dell'anomalia dell'offerta.

In sede di contraddittorio, l'ATI Alò s.r.l. negava l'assenso all'ostensione, poiché le parti del progetto definitivo e dei giustificativi, così come le relazioni tecniche e le schede illustrative, rappresentavano, a suo dire, il risultato del *know-how*, degli investimenti nell'innovazione, della qualificazione professionale e del proprio lavoro imprenditoriale: erano dunque documenti tutelati dal segreto tecnico e commerciale.

L'accesso veniva, quindi, consentito limitatamente ai documenti non coperti dal rivendicato segreto industriale.

2.- Con rituale ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo per la Puglia, integrato da successivi motivi aggiunti, il Consorzio Alveare Network insorgeva, lamentando violazione degli artt. 3, 22 e ss. della l. 241 del 1990, dell'art. 53 del d.lgs. 50 del 2016, degli artt. 24 e 97 Cost. nonché dei principi generali interni e comunitari in materia di accesso alla documentazione amministrativa e di efficacia delle procedure di ricorso.

3.- Con la sentenza in epigrafe, resa nel contraddittorio delle parti, il primo giudice accoglieva il ricorso, ingiungendo alla stazione appaltante di mettere a disposizione i documenti richiesti, sul complessivo assunto:

- a) che la circostanza che il Consorzio ricorrente fosse collocato al secondo posto, a soli venti centesimi di punto dalla prima classificata, costituisse *di per sé* circostanza idonea a qualificarne la posizione legittimante, posto che dall'accesso ai documenti di gara sarebbe “*innegabilmente [potuta] scaturire opportunità di più compiuta e completa difesa in giudizio*”;
- b) che, in relazione ai procedimenti di natura concorsuale od evidenziale, l'interesse “*sottostante*”, idoneo a legittimare l'esercizio del diritto di accesso alla relativa documentazione, sarebbe *in re ipsa* e prescinderebbe – trattandosi di situazione giuridica autonoma – dall'interesse a proporre impugnativa giudiziale;
- c) che in ogni caso – alla luce del bilanciamento imposto dall'art. 53 d.lgs. n. 50 del 2016 – il potenziale conflitto con le esigenze di riservatezza delle informazioni commerciali e/o industriali fornite nell'ambito delle offerte o della giustificazioni delle medesime dovrebbe per definizione risolversi, trattandosi di accesso “*difensivo*”, a favore della valorizzata pretesa ostensiva;
- d) che, del resto e più in generale, la scelta di partecipare ad una procedura selettiva *pubblica*, come tale connotata da “*intrinseche ragioni di trasparenza*”, implicherebbe una implicita ma necessaria “*accettazione del rischio*” di pubblicizzare i contenuti dell'offerta.

4.- Con atto di appello notificato nei tempi e nelle forme di rito, l'ATI Alò s.r.l. insorge avverso la ridetta statuizione, di cui lamenta la complessiva erroneità ed ingiustizia, auspicandone l'integrale riforma.

5.- Su ordinanza 4451 del 28 giugno 2019, la Sezione ha acquisito dalla stazione appaltante, in prospettiva istruttoria, dettagliata relazione riguardo:

- a) alle modalità di acquisizione della “*dichiarazione*” resa dall'operatore aggiudicatario in ordine ai controversi profili di ostensibilità del contenuto della propria offerta tecnica;
- b) ai termini di apprezzamento delle relative giustificazioni e degli elementi probatori di accompagnamento, relativamente alla prospettata sussistenza di segreti di carattere tecnico o commerciale;

c) alle verifiche e ai riscontri all'uopo effettuati, avuto concreto riguardo agli specifici contenuti dell'offerta ed alla disamina tipologica operata delle informazioni di ordine tecnico e di natura economica, ai fini dell'avallato apprezzamento di non ostensibilità.

6.- Nella resistenza del Consorzio Alveare Network, alla camera di consiglio del 19 ottobre 2019, sulle reiterate conclusioni delle parti costituite, la causa è stata riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello è fondato e va accolto.

2.- Le norme che regolano l'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici sono definite dall'art. 53 d.lgs. n. 50 del 2016, che richiama la disciplina generale di cui agli artt. 22 ss. l. 7 agosto 1990, n. 241, ma vi aggiunge speciali e specifiche disposizioni derogatorie in punto di differimento, di limitazione e di esclusione della pretesa ostensiva in considerazione delle peculiari esigenze di riservatezza che sogliono manifestarsi e assumere rilievo nel contesto delle procedure evidenziali.

2.1.- Per questo profilo, la norma recepisce le indicazioni dell'art. 21 della direttiva 2014/24/UE, dell'art. 39 della direttiva 2014/25/UE e dell'art. 28 della direttiva 2014/23/UE, a tenore dei quali – fatti salvi gli obblighi in materia di pubblicità sugli appalti aggiudicati e gli obblighi di informazione dei candidati e degli offerenti – le stazioni appaltanti:

a) sono tenute, salvo diversa ed espressa previsione nazionale od eurounitaria, a non rivelare *«informazioni comunicate dagli operatori economici e da essi considerate riservate, compresi anche, ma non esclusivamente, segreti tecnici o commerciali, nonché gli aspetti riservati delle offerte»;*

b) sono autorizzate a *«imporre agli operatori economici condizioni intese a proteggere la natura confidenziale delle informazioni [rese] disponibili durante tutta la procedura».*

2.2.- Segnatamente, in attuazione dei richiamati criteri direttivi, l'art. 53, comma 5, lett. a) d.lgs. n. 50 del 2016 sancisce: «sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione [...] alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali».

La particolare *voluntas legis*, consona al particolare contesto concorrenziale, è, dunque, di escludere dall'ostensibilità propria degli atti di gara quella parte dell'offerta o delle giustificazioni della anomalia che riguardano le specifiche e riservate capacità tecnico-industriali o in genere gestionali proprie dell'impresa in gara (il *know how*), vale a dire l'insieme del “saper fare” e delle competenze ed esperienze, originali e tendenzialmente riservate, maturate ed acquisite nell'esercizio professionale dell'attività industriale e commerciale e che concorre a definire e qualificare la specifica competitività dell'impresa nel mercato aperto alla concorrenza. Si tratta, del resto, di beni essenziali per lo sviluppo e per la stessa competizione qualitativa, che sono prodotto patrimoniale della capacità ideativa o acquisitiva della singola impresa e cui l'ordinamento, ai fini della corretta esplicazione della concorrenza, offre tutela di loro in quanto *segreti commerciali*: cfr. artt. 98 e 99 d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (*Codice della proprietà industriale*).

La *ratio legis* è di far sì che, proprio con riguardo ad una gara pubblica, che non deroga ma assicura la corretta competizione tra imprese, del diritto di accesso – per quanto garantito dal principio di pubblicità e trasparenza della condotta delle pubbliche amministrazioni o dei soggetti funzionalmente equiparati (cfr. art. 1 l. n. 241 del 1990) – non si possa fare un uso emulativo, ad esempio da parte di contendenti che potrebbero formalizzare l'istanza allo scopo precipuo di giovare di specifiche conoscenze industriali o commerciali acquisite e detenute da altri (cfr. Cons. Stato, VI, 19 ottobre 1990, n. 6393). La leale dimensione competitiva di una gara, invero, ne risulta la caratteristica dominante e pertanto nel conflitto quanto attiene alla correttezza della concorrenza domina sulla circostanza che ad essa fa esito un potere pubblico.

Ne viene che la scelta, di suo meritevole, di prendere parte ad una procedura competitiva non implica un'impropria accettazione del rischio di divulgazione di segreti industriali o commerciali, i quali – almeno in principio – restano sottratti, a tutela del loro specifico valore concorrenziale, ad ogni forma di divulgazione.

2.3.- Il sancito limite alla ostensibilità è comunque subordinato all'espressa «*manifestazione di interesse*» da parte dell'impresa interessata, cui incombe l'onere dell'allegazione di «*motivata e comprovata dichiarazione*», mediante la quale dimostri l'effettiva sussistenza di un segreto industriale o commerciale meritevole di salvaguardia.

A tal fine, la presentazione di una istanza di accesso impone alla stazione appaltante di coinvolgere, in rispetto del contraddittorio, il concorrente controinteressato, nelle forme di cui alla disciplina generale del procedimento amministrativo, e richiede una motivata valutazione delle argomentazioni offerte, ai fini dell'apprezzamento della 'effettiva rilevanza per l'operatività del regime di segretezza.

2.4.- Nondimeno – posto che trasparenza e riservatezza sono valori primari per l'azione amministrativa – va rilevato che la legge non pone una regola di esclusione basata su una presunzione assoluta valevole *ex ante*, ma impone un valutazione in concreto dei motivi addotti a difesa del segreto, per modo che possa non essere preclusivamente vulnerato «*l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto*» (cfr. art. 53, ult. cpv. cit.).

2.5.- Del resto, l'accesso è, nella materia in esame, strettamente legato alla sola esigenza di «*difesa in giudizio*»: previsione più restrittiva di quella dell'art. 24, comma 7, l. n. 241 del 1990, che contempla un ventaglio più ampio di possibilità, consentendo l'accesso, ove necessario, *senza alcuna restrizione alla sola dimensione processuale* (cfr. Cons. Stato, V, 9 dicembre 2008, n. 6121).

2.5.- Ne consegue che, al fine di esercitare il diritto di accesso riguardo a informazioni contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali, è essenziale dimostrare *non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti*, ma

la concreta necessità (da riguardarsi, restrittivamente, in termini di stretta *indispensabilità*) di utilizzo della documentazione *in uno specifico giudizio*.

In particolare, contrariamente a quanto ritenuto dalla sentenza appellata, la mera *intenzione* di *verificare e sondare l'eventuale opportunità* di proporre ricorso giurisdizionale (anche da parte di chi vi abbia, come l'impresa seconda graduata, concreto ed obiettivo interesse) non legittima un accesso *meramente esplorativo* a informazioni riservate, perché difetta la dimostrazione della specifica e concreta *indispensabilità* a fini di giustizia.

3.- Su queste premesse risulta acclarato, alla luce della documentazione versata agli atti del giudizio e dei riscontri istruttori:

a) che l'ATI appellante già in sede di gara aveva evidenziato che taluni documenti a corredo dell'offerta tecnica, specificamente indicati, erano protetti dal diritto d'autore, in quanto contenuti in elaborati progettuali di ingegno tecnico esclusivo, in correlazione alle qualificate finalità di gara;

b) che la relativa e circostanziata dichiarazione era stata puntualmente sottoposta al vaglio critico della stazione appaltante, che ne aveva validato il carattere riservato alla luce delle caratteristiche tecniche ed alla tipologia di prestazioni oggetto dell'appalto (relativo alla progettazione definitiva ed esecutiva ed alla consequenziale esecuzione di opere ad alto contenuto specialistico in materia aeroportuale);

c) che l'appellata non aveva (e non ha allo stato) formalizzato alcun ricorso avverso gli esiti della gara, riservandosi la relativa valutazione all'esito della acquisizione – in aggiunta al complesso della documentazione già consegnata – dei documenti richiesti;

d) che, per tal via, in presenza di una istanza meramente esplorativa, difetta la dimostrazione della concreta *indispensabilità* dell'accesso ai fini di una compiuta difesa giudiziale.

4.- Alla luce delle considerazioni che precedono, l'appello va accolto e, in riforma della sentenza appellata, la domanda di accesso va respinta.

Le peculiarità della fattispecie e la relativa novità delle questioni trattate giustificano l'integrale compensazione, tra le parti costituite, di spese e competenze di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO