

APPALTI - PROCESSO - ACCESSO AGLI ATTI DI GARA - OGGETTO GIUDIZIO - ACCERTAMENTO DELLA SPETTANZA DEL DIRITTO

Se il giudizio ex art. art. 116 c.p.a. è stato già incardinato sul presupposto dell'avvenuta formazione del "silenzio - rigetto", il fatto che l'amministrazione adotti una esplicita determinazione di segno negativo (in pendenza del giudizio medesimo) non ha alcun effetto sulla procedibilità dell'azione, in quanto rivolta all'accertamento di un diritto. Il giudizio in materia di accesso, infatti, ha per oggetto l'accertamento della spettanza o meno del diritto medesimo, piuttosto che la verifica della sussistenza di vizi di legittimità dell'eventuale diniego opposto dall'amministrazione.

APPALTI - PROCESSO - ACCESSO AGLI ATTI DI GARA - FINALITA' DELL'ACCESSO - ESERCIZIO DEL DIRITTO DI DIFESA - VALUTAZIONE "IN VIA PROSPETTICA"

La rilevanza dell'accesso ai fini della tutela del diritto di difesa deve essere valutata "in via prospettica", in relazione alla conoscenza dell'oggetto della richiesta di accesso e al conseguenziale esercizio delle facoltà difensive da parte della richiedente.

APPALTI - PROCESSO - ACCESSO AGLI ATTI DI GARA - TERMINE PER IMPUGNARE L'AGGIUDICAZIONE - SPIRATO - NON PREGIUDICA L'ACCESSO

La necessità dei documenti richiesti per la difesa in giudizio non può altresì essere esclusa perché sono scaduti termini per impugnare l'aggiudicazione. Ciò in considerazione della tempestiva richiesta di accesso alla documentazione di gara presentata da parte ricorrente, nonché del noto principio per cui qualora la Stazione Appaltante rifiuti illegittimamente l'accesso, o tenga comportamenti dilatori che non consentano l'immediata conoscenza degli atti di gara, il termine per l'impugnazione non inizia a decorrere e il potere di impugnare dall'interessato pregiudicato da tale condotta amministrativa non si "consuma".

TAR Marche (Ancona), Sez. I, sentenza n. 810/2020

Pubblicato il 31/12/2020

N. 00810/2020 REG.PROV.COLL.

N. 00412/2020 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 le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 412 del 2020, integrato da motivi aggiunti,
proposto da

Cns - Consorzio Nazionale Servizi Cooperativa, rappresentato e difeso dagli
avvocati Antonio Nicodemo, Donatella Viscogliosi, Nicoletta Di Pucchio, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Marche, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Costanzi, Laura
Simoncini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio
eletto presso lo studio Paolo Costanzi in Ancona, piazza Cavour, 23;
Stazione Unica Appaltante Marche non costituito in giudizio;

nei confronti

Gsa – Gruppo Servizi Associati SpA, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo
Caruso, Luca Mazzeo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- del provvedimento tacito di diniego dell'accesso agli atti la cui istanza è stata
avanzata dalla ricorrente in data 12 agosto 2020;
 - di tutti gli atti ad esso presupposti, connessi, e successivi;
- nonché
- per l'accertamento e la declaratoria del diritto all'ostensione e all'estrazione dei
documenti richiesti e non esibiti

Con motivi aggiunti in data 24 novembre 2020;

- dell'ulteriore provvedimento tacito di diniego dell'accesso agli atti la cui istanza è stata avanzata dalla ricorrente in data 1 novembre 2020;
 - di tutti gli atti ad esso presupposti, connessi, e successivi;
- nonché
- per l'accertamento e la declaratoria del diritto all'ostensione e all'estrazione dei documenti richiesti e non esibiti

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Marche e della Gsa – Gruppo Servizi Associati S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2020 il dott. Giovanni Ruiu;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società ricorrente ha partecipato alla gara aggiudicata con decreto del dirigente della SUAM della Regione Marche n. 172 del 6 agosto 2020 per l'affidamento del servizio di guardiania (portierato/reception) e servizi correlati per le amministrazioni del territorio della Regione Marche, aggiudicata alla società Gruppo Servizi Associati SpA con socio unico per entrambi i lotti di gara.

La ricorrente, classificatasi seconda per entrambi i lotti, ha proposto in data 12 agosto 2020 istanza di accesso agli atti di gara, A riscontro dell'istanza, la Stazione Appaltante comunicava che gli atti richiesti, compatibilmente con quanto previsto dall'art. 53 del D.Lgs 50 del 2016, sarebbero stati pubblicati sul profilo del committente al momento dell'efficacia dell'aggiudicazione. A detta della ricorrente, la documentazione poi pubblicata sul sito all'indomani dell'intervenuta efficacia

dell'aggiudicazione (1 settembre 2020) non avrebbe soddisfatto le richieste formulate nell'istanza di accesso con riguardo a gran parte della documentazione.

La ricorrente contesta quindi, nel ricorso introduttivo, il parziale diniego tacito dell'Amministrazione relativo alla propria istanza.

Con successivi motivi aggiunti, parte ricorrente impugna il diniego alla propria istanza del 10 novembre 2020 con la quale, prendendo atto della trasmissione in data 1 ottobre 2020 di parte dei documenti richiesti con l'istanza del 12 agosto, richiedeva le giustificazioni della controinteressata nel corso della verifica di anomalia e la relazione di supporto al RUP svolta dal consulente nominato chiedendone l'esibizione.

La Regione rispondeva con nota dell'11 novembre 2020, trasmettendo la richiesta Relazione del Consulente del Lavoro di supporto al RUP. La nota viene impugnata con i motivi aggiunti nella parte in cui, a detta della ricorrente, negherebbe l'accesso ai giustificativi presentati dalla controinteressata.

Parte ricorrente richiede quindi l'accesso ai documenti mancanti deducendo l'illegittimità dell'ulteriore diniego parziale tacito alla propria istanza di accesso, per violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione; degli artt. 22 ss. della legge n. 241 del 1990, e dell'art. 42 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché per vari profili di eccesso di potere.

Si sono costituiti al Regione Marche e la controinteressata. In particolare, la Regione Marche deduce l'inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti, per avere la Stazione Appaltante risposto alla richiesta delle giustificazioni della controinteressata in data 1 ottobre 2020, negando l'accesso.

Alla Camera di Consiglio del 2 dicembre 2020, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

1 È necessaria una preliminare cronologia dei fatti di causa.

1.1 La ricorrente ha impugnato con il ricorso introduttivo il parziale silenzio diniego relativo alla propria istanza del 12 agosto 2020, cui l'Amministrazione aveva risposto differendo la pubblicazione degli atti a dopo la definitività dell'aggiudicazione. A seguito della successiva pubblicazione degli atti sul sito della Stazione Appaltante di parte degli atti di gara richiesti con istanza del 12 agosto 2020, parte ricorrente ha ritenuto la formazione del silenzio rigetto sulla parte non soddisfatta della sua istanza, notificando il ricorso introduttivo per l'accesso alla documentazione mancante.

1.2 Poco dopo la notifica del ricorso introduttivo, in data 1 ottobre 2020, la stazione appaltante ha comunicato alla ricorrente un esplicito parziale diniego di accesso relativo alla sua istanza del 12 agosto, trasmettendo nel contempo gli altri atti richiesti nell'istanza. In particolare è stato concesso un accesso solo parziale all'offerta tecnica, e, per quanto qui interessa, è stato negato l'accesso ai giustificativi in quanto la ditta GSA avrebbe rappresentato una motivata e comprovata dichiarazione di sottrazione all'accesso, mediante la quale è stata dimostrata l'effettiva ed evidente sussistenza di un segreto industriale o commerciale meritevole di salvaguardia.

1.3 Con nuova istanza di accesso del 10 novembre, 2020 è stata sollecitata dalla ricorrente la trasmissione dei suddetti giustificativi e di una relazione di consulenza utilizzata dal libro RUP.

1.4 La ricorrente ha poi impugnato, con motivi aggiunti, la nota dell'11 novembre 2020 della Stazione Appaltante che si è limitata a permettere l'accesso alla suddetta relazione, lamentando il parziale e ulteriore diniego tacito relativo ai giustificativi dell'offerta

1.5 L'Amministrazione, a verbale della Camera di Consiglio del 2 dicembre 2020, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti depositato dal ricorrente in quanto avente ad oggetto il provvedimento di diniego relativo alla

richiesta di accesso presentata dalla ricorrente in data 10 novembre 2020, trattandosi di reiterazione della richiesta già effettuata con l'istanza del 12 agosto 2020, per la quale Stazione Appaltante non ha modificato le proprie determinazioni in ordine alla non ostensibilità dell'atto richiesto espresse nella nota del 1 ottobre 2020.

2 Il Collegio ritiene che il ricorso per motivi aggiunti sia tempestivo.

2.1 Come affermato da condivisibile giurisprudenza del Consiglio di Stato, il giudizio in materia di accesso, anche se si atteggia come impugnatorio, in quanto rivolto avverso il provvedimento di diniego o avverso il silenzio - rigetto formatosi sulla relativa istanza, ha per oggetto l'accertamento della spettanza o meno del diritto medesimo, piuttosto che la verifica della sussistenza di vizi di legittimità dell'eventuale diniego opposto dall'amministrazione (Cons. Stato, III, 5 marzo 2018, n. 1396) Ne deriva che, se il giudizio ex art. art. 116 c.p.a. è stato già incardinato sul presupposto dell'avvenuta formazione del silenzio - rigetto, il fatto che l'amministrazione adotti un'esplicita determinazione di segno negativo non ha alcun effetto sulla procedibilità dell'azione, in quanto rivolta all'accertamento di un diritto (Cons. Stato IV, 6 febbraio 2019 n.906)

2.2 Nel caso di specie, il ricorso per l'accesso è stato notificato prendendo quindi come punto di riferimento la formazione del silenzio sull'istanza del 12 agosto 2020 e quindi il giudizio contro il parziale diniego di accesso è stato legittimamente instaurato. Di conseguenza, il successivo ricorso per motivi aggiunti prende la forma di una specificazione dell'iniziale richiesta di accesso che si limita ai documenti medio tempore non forniti dall'Amministrazione e, comunque, per i quali permane l'interesse della ricorrente. In considerazione della tempestività dei motivi aggiunti va respinta, per quanto riguarda i documenti ancora di interesse della ricorrente, l'eccezione di improcedibilità del ricorso introduttivo dedotta dalla Regione Marche prima della notifica dei suddetti motivi aggiunti.

3 Nel merito, il ricorso introduttivo e il ricorso per motivi aggiunti sono fondati nei limiti che seguono.

3.1 In base all'art. 53, comma 1, primo periodo, del decreto legislativo n. 50, "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 dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 [...]".

3.2 Nel caso in esame la società ricorrente ha formulato istanza di accesso in relazione allo svolgimento della procedura di gara alla quale ha partecipato (classificandosi seconda in graduatoria) ed espressamente evidenziando la finalità di tutela in giudizio dei propri interessi cui l'istanza stessa risultava preordinata.

3.3 Inoltre, in considerazione della collocazione in graduatoria della società ricorrente, la stessa riveste una posizione particolarmente qualificata nell'ambito della procedura di gara, con riguardo al bilanciamento degli interessi relativo alla propria richiesta di accesso.

3.4 Il Collegio, in conclusione, ritiene che non possa escludersi l'effettiva utilità dell'oggetto della richiesta di accesso ai fini della difesa in giudizio (Cons. Stato V, 30 dicembre 2011, n. 6996), dovendosi, peraltro, valutare la rilevanza dell'accesso ai fini della tutela del diritto di difesa "in via prospettica", in relazione alla conoscenza dell'oggetto della richiesta di accesso e al conseguenziale esercizio delle facoltà difensive da parte della richiedente (Tar Veneto 4 maggio 2019 n. 803).

3.5 Va in conclusione ritenuto che, a differenza che nei casi oggetto dei condivisibili precedenti giurisprudenziali menzionati dalle difese della ricorrente e della controinteressata, nel caso in esame la posizione di seconda classificata della ricorrente e la possibilità di contestare l'esito della verifica di anomalia risolve a suo favore il complesso bilanciamento di interessi di cui all'art.53 citato. Va altresì considerato come, con riguardo alle giustificazioni, la dichiarazione di segreti

tecnici e commerciali della controinteressata condivisa dall'Amministrazione sia, per quanto argomentata, potenzialmente utilizzabile per qualsiasi impresa e qualsiasi gara, affermando che "La documentazione citata infatti è frutto del know how aziendale, della nostra struttura organizzativa, della nostra progettazione del servizio, del nostro sistema organizzativo di fornitura del servizio, delle nostre metodologie tecnico-operative, insomma delle nostre esperienze acquisite nel settore..." Peraltro, parte ricorrente non contesta ulteriormente il diniego di accesso alla parte dell'offerta tecnica contenente "segreti tecnici e/o commerciali di particolare rilevanza" limitandosi a chiedere l'accesso ai giustificativi relativi alla verifica di anomalia, con preciso riferimento al verbale nel quale detta verifica è stata condotta.

3.5 La necessità dei documenti richiesti per la difesa in giudizio non può altresì essere esclusa perché sono scaduti termini per impugnare l'aggiudicazione. Ciò in considerazione della tempestiva richiesta di accesso alla documentazione di gara presentata da parte ricorrente, nonché del noto principio per cui qualora la Stazione Appaltante rifiuti illegittimamente l'accesso, o tenga comportamenti dilatori che non consentano l'immediata conoscenza degli atti di gara, il termine per l'impugnazione non inizia a decorrere e il potere di impugnare dall'interessato pregiudicato da tale condotta amministrativa non si "consuma" (Cons. Stato, III 6 marzo 2019, n. 1540).

3.6 Per quanto sopra, la richiesta della ricorrente ad ottenere l'ostensione dei documenti richiesti trova fondamento nei principi desumibili dall'art. 53, commi 5 e 6, del d.lgs., n. 50 del 2016, essendosi fatto valere un interesse strumentale all'eventuale contestazione dell'aggiudicazione della gara di cui trattasi e alla tutela giudiziale degli interessi della ricorrente (Tar Veneto 31 dicembre 2019 n. 1417).

4 Di conseguenza in accoglimento del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti e in annullamento del parziale diniego tacito prestato sull'istanza della ricorrente del

10 novembre 2020, il Collegio accoglie l'istanza ex art. 116, comma 2, c.p.a. e, per l'effetto, dispone che l'Amministrazione consenta l'accesso ai documenti specificati dalla ricorrente nella suddetta istanza e non esibiti dall'Amministrazione medesima. L'accesso andrà consentito entro il termine di venti (20) giorni, decorrente dalla comunicazione o, se antecedente, dalla notificazione della presente decisione.

4.1 Le spese del presente giudizio possono essere compensate, in ragione della complessità delle questioni trattate e della particolarità dello svolgimento della presente controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e sui motivi aggiunti li accoglie secondo quanto precisato in motivazione e, per l'effetto, annulla il parziale diniego tacito prestato sull'istanza della ricorrente del 10 novembre 2020 e ordina alla parte resistente di consentire alla parte ricorrente l'accesso, mediante esibizione, la presa visione e l'estrazione di copia, alla documentazione richiesta da parte ricorrente nella suddetta istanza e non ancora esibita, nel termine di 20 giorni dalla comunicazione ovvero, se antecedente, dalla notificazione della presente decisione.

Spese compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2020 con l'intervento da remoto dei magistrati:

Sergio Conti, Presidente

Tommaso Capitanio, Consigliere

Giovanni Ruiu, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Giovanni Ruiu

Sergio Conti

IL SEGRETARIO