

APPALTI - ATTO CONFERMATIVO - RIESAME - PROVVEDIMENTO DIVERSO DAL PRECEDENTE - ATTO MERAMENTE CONFERMATIVO - ESCLUSIVO RICHIAMO DEL PRECEDENTE

Non può considerarsi meramente confermativo di un precedente provvedimento l'atto la cui adozione sia stata preceduta da un riesame della situazione che aveva condotto al primo provvedimento, giacché l'esperimento di una ulteriore istruttoria, con un nuovo esame degli elementi di fatto e di diritto che caratterizzano la fase considerata, conduce a un provvedimento diverso dal precedente, e quindi suscettibile di autonoma impugnazione. Ricorre invece l'atto meramente confermativo quando l'Amministrazione si limita a dichiarare l'esistenza di un suo precedente provvedimento senza compiere alcuna nuova istruttoria e senza una nuova motivazione.

APPALTI - ACCESSO AGLI ATTI DI GARA - ART. 53 C. 5 D.LGS. 50 DEL 2016 - ESCLUSIONE SOLO PER LE INFORMAZIONI CHE COSTITUISCONO SEGRETI TECNICI O COMMERCIALI

L'art. 53, c. 5, del d. lgs. 50/2016 esclude il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione, tra l'altro:

a) 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;

b) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;

c) alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto.

Tuttavia, per quanto riguarda l'offerta economica, la disposizione non esclude tout court l'accesso, ma solo per *“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”*.

TAR Lazio (Roma), Sez. III - quater, sentenza n. 13349/2020

Pubblicato il 11/12/2020

N. 13349/2020 REG.PROV.COLL.

N. 04491/2020 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 il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4491 del 2020, proposto da Expleo Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Nicodemo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Dancalia, 21;

contro

Inps - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Dario Bottura, Daniela Anziano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Leonardo S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Sergio Coccia, Giampaolo Rossi, Francesco Rossi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Fastweb S.p.A., Consorzio Kairos – Aqs non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- del diniego all'accesso agli atti contenuto nel provvedimento di riesame del 29 maggio 2020 recante prot. n. INPS.0089.29/05/2020.0002022 a firma del Responsabile della Corruzione e della trasparenza Antonello Crudo (doc. n. 1) la cui istanza è stata avanzata dalla ricorrente in data 29 aprile 2020 e sollecitata il 25 maggio 2020 (docc. 2 e 3);

- di tutti gli atti ad esso presupposti, connessi, e successivi, ancorché non conosciuti;

NONCHÉ PER L'ACCERTAMENTO

del diritto della ricorrente ad accedere agli atti e ai documenti richiesti,

NONCHÉ PER LA CONDANNA

dell'I.N.P.S. - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale all'ostensione della documentazione richiesta.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Inps - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale e di Leonardo S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 novembre 2020 il dott. Dauno Trebastoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Nello svolgimento della sua attività imprenditoriale, la ricorrente Expleo, in qualità di impresa componente del Consorzio Kairos – Consorzio Ordinario di imprese, ha costituito un Raggruppamento Temporaneo di Imprese – RTI insieme ad altre società, e precisamente insieme a Leonardo S.p.a. (impresa mandataria) e Fastweb S.p.A. (impresa mandante).

Tale RTI ha partecipato alla procedura di gara indetta dall'Inps per l'aggiudicazione dell'appalto Consip avente a oggetto l'«Affidamento dei Servizi di Supporto sistemistico alla gestione del sistema informatico dell'INPS mediante Appalto Specifico nell'ambito dell'Accordo Quadro per la prestazione dei servizi di System Management per le Pubbliche Amministrazioni stipulato da Consip CIG 6772304AOC».

Il RTI si è aggiudicata la gara, ha stipulato il relativo contratto di appalto, e insieme agli altri componenti del Consorzio Kairos e del citato RTI esegue il contratto.

Sostenendo di non aver potuto ancora prendere visione dell'“offerta economica” formulata dal RTI Leonardo in sede di gara (nonostante questa sia stata chiesta inutilmente numerose volte alla mandataria del RTI), di aver citato in giudizio la mandataria del RTI innanzi al Tribunale Ordinario di Roma per il risarcimento dei danni subiti e subendi riferiti alla condotta osservata da quest'ultima Società nell'ambito dei rapporti all'interno del RTI, di avere, da un lato, la necessità di organizzare la propria attività futura nel miglior modo possibile e, dall'altro, di voler tutelare i propri interessi e diritti gravemente lesi innanzi alle competenti Autorità giudiziarie, anche nell'ambito del citato giudizio, e di voler quindi “conoscere il contenuto di tutti gli atti e i documenti riguardanti l'esecuzione dell'appalto”, con istanza del 29.07.2019 la ricorrente ha chiesto all'Inps copia dei seguenti documenti:

- l'offerta economica presentata dal RTI Leonardo S.p.a.;
- tutte le comunicazioni riferite ai contratti di subappalto stipulati dalla Società Leonardo S.p.a., anche al fine di accertare la quota residua di subappalto di cui potrebbe usufruire la scrivente società;
- gli atti, i documenti e le comunicazioni riguardanti il ruolo e l'attività svolta dalla società NetGroup nell'ambito dell'esecuzione dell'appalto;
- gli atti, i documenti e le comunicazioni riguardanti il ruolo rivestito dalla società Fastweb S.p.a. in occasione dell'appalto.

Con pec del 27.08.2019 l'Inps ha rigettato tale istanza, da una parte sostenendo che, “versandosi in tema di accesso c.d. documentale, nella fattispecie non trova applicazione l'art. 5, comma 2, del D.Lgs 33/2013, come modificato dal D.Lgs 97/2016, che ha introdotto l'accesso civico generalizzato, stanti le finalità di rilevanza pubblicistica perseguite dalla norma in questione (controllo dell'impiego delle risorse e di promozione della qualità dei servizi sottese al principio di trasparenza), estranee alla finalità di tutela dei propri interessi dichiarata da codesto

Operatore”; e dall’altra che, “quanto al diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento, salvo quanto espressamente previsto dall’art. 53 del Codice dei contratti pubblici”, esso è disciplinato dalla L. n. 241/90 e che pertanto “non è esercitabile da chiunque (quisque de populo), essendone legittimati i soli soggetti portatori di un interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è richiesto l’accesso”.

Per cui l’Inps ha concluso che:

- la ricorrente, “in quanto componente del mandante Consorzio Kairos – AQS, risulta privo di legittimazione attiva, in quanto soggetto estraneo al rapporto contrattuale in questione, del quale è invece parte, come noto, il Raggruppamento costituito da Leonardo S.p.A., nella veste di mandatario, da Fastweb S.p.A. e dal Consorzio Kairos - AQS, in qualità di mandanti”;
- al fine di acquisire i documenti e le informazioni richiesti, la ricorrente dovrebbe rivolgersi al Consorzio Kairos – AQS, perché “spetta, infatti, a quest’ultimo avanzare eventuali pretese documentali nei confronti del mandatario del RTI, relativamente ai documenti dei quali non sia in possesso”.

Avendo l’Inps inviato l’11.10.2019 alla DGS S.p.a., consorziata del Consorzio Kairos, una email riferita alla ripartizione delle penali all’interno del RTI Leonardo, la ricorrente ha presentato in data 23.10.2019, sempre con riferimento alla necessità di tutelare i propri interessi in giudizio, e con riferimento al rilevante importo delle penali che l’INPS vorrebbe applicare alle singole consorziate e anche a Leonardo S.p.a. quale mandataria del RTI, una 2^a istanza di accesso, con la quale, rappresentando di avere ripetutamente e inutilmente richiesto tali informazioni alla mandataria del RTI Leonardo S.p.a., nonché alle altre consorziate del Consorzio Kairos, ha chiesto i seguenti documenti:

1) lo scambio integrale della corrispondenza (email, pec e note) tra l'INPS, da una parte, e Consorzio Kairos, mandataria del RTI Leonardo, e mandante del RTI Fastweb S.p.a., dall'altra, riferita:

a) sia alla ripartizione dei lavori;

b) sia alla determinazione delle penali con riferimento al VI bimestre contrattuale (agosto – settembre 2019) nonché con riferimento ai precedenti bimestri contrattuali sin dall'inizio dell'esecuzione dell'appalto;

c) sia in merito ai verbali di esecuzione dei lavori (ivi compresi gli stessi).

Sostenendo di avere ricevuto a mezzo email, in data 17.10.2019, una diffida che la società Engineering D. Hub S.p.A. ha inviato sia ai danni del Consorzio Kairos – Aqs, sia ai danni della società Leonardo S.p.a. in merito al contratto di subappalto stipulato con una delle consorziate del Consorzio Kairos Aqs, e sostenendo altresì di non sapere nulla di tale rapporto contrattuale, in data 24.10.2019 la ricorrente ha presentato una 3^a istanza di accesso, con la quale ha chiesto di avere copia di tutti i contratti di subappalto stipulati dai componenti del Consorzio Kairos, da Leonardo spa, e da Fastweb spa, dall'inizio dell'esecuzione dell'appalto ad oggi ed, in particolare, del contratto che ha dato origine alla diffida di Engineering D. Hub S.p.A..

Con pec del 21.11.2019 l'Inps ha rigettato anche tale istanza, confermando “quanto comunicato con PEC del 27 agosto u.s. e del 12 settembre u.s.”, e precisando che “l'istanza di accesso in esame ha ad oggetto solo documenti afferenti alla fase esecutiva del contratto de quo e non appare adeguatamente motivata, facendosi unicamente riferimento ad un generico interesse ad agire in giudizio o alla necessità di una migliore tutela dei propri interessi e diritti”; cosicché l'istanza di accesso “si configura alla stregua di una indagine esplorativa tesa alla ricerca di una qualche condotta inadempiente da parte di taluno degli altri soggetti raggruppati, senza tuttavia fornire alcun elemento utile in tal senso...”.

Nessuno dei citati provvedimenti è stato impugnato dalla ricorrente, che il 29.04.2020 ha invece presentato una “istanza di riesame” delle precedenti istanze già rigettate, citando, in particolare, la sentenza dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10 del 2 aprile 2020, e rappresentando che tale sentenza “si è espressa in senso favorevole sull’applicabilità dell’accesso agli atti delle procedure di appalto, anche con riferimento alla fase esecutiva del contratto”.

Il Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza dell’Inps ha rigettato anche tale istanza con provvedimento del 29.05.2020, che precisa che la citata sentenza del Consiglio di Stato non è pertinente, perché fa riferimento a un caso in cui l’appellante era stato escluso dall’aggiudicazione dell’appalto, e che “la portata innovativa di tale intervento rispetto all’orientamento giurisprudenziale su cui si è fondato il riscontro del RPCT del 7.11.2019, consiste nello stabilire che l’accesso agli atti relativi alla procedura di gara, invece che essere escluso in senso assoluto, può essere consentito qualora non sussistano i divieti di cui all’art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016 e/o le eccezioni relative di cui all’art. 5 bis, commi 1 e 2 del d.lgs. n. 33/2013 a tutela di altri interessi di carattere pubblico o privato”.

E pertanto, precisa il provvedimento, “l’ostensione di tali documenti da parte dell’Istituto incontra, invero, le preclusioni di cui all’art. 53 comma 5, lett. a), b) e c), del d.lgs. n. 50 del 2016 che, come indicato dal Consiglio di Stato costituiscono limiti assoluti”.

Ciò perché, precisa l’Inps, “l’art. 53, comma 5, del d. lgs. n. 50 del 2016 prevede una esclusione assoluta del diritto di accesso in relazione: a) alle informazioni fornite nell’ambito dell’offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell’offerente, segreti tecnici e commerciali; b) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all’applicazione del codice dei contratti pubblici per la soluzione delle liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici; c) alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore

dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto”.

E secondo l'Inps tali limiti verrebbero “in rilievo nel caso de quo con riferimento all'informazione relativa all'offerta economica (lett. a), e riguardo alla questione della richiesta di penali da parte dell'Inps in merito all'esecuzione dell'appalto da parte del RTI (lett. b e c)”.

Inoltre, aggiunge l'Inps, le informazioni contenute nella documentazione richiesta “appartengono alla sfera di riservatezza aziendale delle Società controinteressate, in quanto forniscono precise e dettagliate indicazioni finanziarie e commerciali suscettibili di rivelare costi industriali e soluzioni imprenditoriali, nonché specifiche tecniche e dinamiche aziendali (il c.d. know-how aziendale) la cui divulgazione è suscettibile di arrecare un pregiudizio concreto agli “interessi economici e commerciali” delle stesse Società ai sensi dell'art. 5 bis comma 2 lett. c) del d.lgs. n. 33/2013”.

E infine, secondo l'Inps “nel caso in esame l'interesse alla tutela giurisdizionale, in ordine al servizio di appalto in esecuzione, risiede in capo al Raggruppamento di imprese la cui rappresentanza è stata conferita in via esclusiva alla Leonardo S.p.a. dal Consorzio Kairos e dalla Fastweb S.p.A.”, con la conseguenza che, al fine di acquisire i documenti e le informazioni richiesti, la ricorrente dovrebbe “rivolgersi al menzionato Consorzio Kairos a cui spetta avanzare eventuali pretese documentali nei confronti del mandatario dell'RTI, relativamente ai documenti dei quali non sia in possesso”.

La ricorrente ha infine impugnato l'ultimo citato provvedimento, e all'udienza camerale del 24.11.2020 la causa è stata posta in decisione.

Preliminarmente, va rigettata l'eccezione di tardività e/ inammissibilità del ricorso, sollevata da tutte le parti costituite, legata alla circostanza che la ricorrente non ha impugnato i precedenti provvedimenti di rigetto emessi dall'Inps.

L'eccezione è infondata per la semplice circostanza che, come specificato in premessa dallo stesso dirigente, e come risulta dalla stessa sua diffusa motivazione, con il provvedimento del 29.05.2020, ora impugnato, l'INPS ha riesaminato funditus la situazione, ed emesso un atto che non è meramente confermativo, per cui il ricorso non è tardivo.

Infatti, l'atto di conferma in senso proprio, che determina una nuova decorrenza del termine per impugnare, è quello adottato all'esito di una nuova istruttoria e di una rinnovata ponderazione degli interessi. Pertanto, non può considerarsi meramente confermativo di un precedente provvedimento l'atto la cui adozione sia stata preceduta da un riesame della situazione che aveva condotto al primo provvedimento, giacché l'esperimento di una ulteriore istruttoria, con un nuovo esame degli elementi di fatto e di diritto che caratterizzano la fase considerata, conduce a un provvedimento diverso dal precedente, e quindi suscettibile di autonoma impugnazione. Ricorre invece l'atto meramente confermativo quando l'Amministrazione si limita a dichiarare l'esistenza di un suo precedente provvedimento senza compiere alcuna nuova istruttoria e senza una nuova motivazione (cfr., ex multis, Cons. St., sez. VI, 13/07/2020 n. 4525).

Nel merito il ricorso è fondato, e va pertanto accolto.

Infatti, il Collegio ritiene che con le precedenti istanze la ricorrente non abbia chiesto atti che rientrano nel divieto di cui all'art. 53 del D.Lgs. 50/2016.

Con le 3 citate istanze – del 29.07.2019, 23.10.2019 e 24.10.2019 – la ricorrente ha chiesto all'Inps copia dei seguenti documenti:

- l'offerta economica presentata dal RTI Leonardo S.p.a.;
- tutte le comunicazioni riferite ai contratti di subappalto stipulati dalla Società Leonardo S.p.a., anche al fine di accertare la quota residua di subappalto di cui potrebbe usufruire la scrivente società;

- gli atti, i documenti e le comunicazioni riguardanti il ruolo e l'attività svolta dalla società NetGroup nell'ambito dell'esecuzione dell'appalto;

- gli atti, i documenti e le comunicazioni riguardanti il ruolo rivestito dalla società Fastweb S.p.a. in occasione dell'appalto;

- lo scambio integrale della corrispondenza (email, pec e note) tra l'INPS, da una parte, e Consorzio Kairos, mandataria del RTI Leonardo, e mandante del RTI Fastweb S.p.a., dall'altra, riferita:

a) alla ripartizione dei lavori;

b) alla determinazione delle penali con riferimento al VI bimestre contrattuale (agosto – settembre 2019) nonché con riferimento ai precedenti bimestri contrattuali sin dall'inizio dell'esecuzione dell'appalto;

c) ai verbali di esecuzione dei lavori (ivi compresi gli stessi);

- tutti i contratti di subappalto stipulati dai componenti del Consorzio Kairos, da Leonardo spa, e da Fastweb spa, dall'inizio dell'esecuzione dell'appalto ad oggi ed, in particolare, il contratto che ha dato origine alla diffida di Engineering D. Hub S.p.A.

Ora, è vero che l'art. 53, comma 5, del D.Lgs. 50/2016 esclude “il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione”, tra l'altro:

a) “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”;

b) “ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici”;

c) “alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto”.

Tuttavia, per quanto riguarda l'offerta economica, la disposizione non esclude tout court l'accesso, ma solo per "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"; e a tali "segreti tecnici o commerciali", l'Inps nel provvedimento impugnato non ha fatto alcun riferimento, anzi lasciando chiaramente intendere che fosse l'offerta economica, cioè in quanto tale, a non essere accessibile.

E per quanto riguarda gli altri documenti richiesti, l'Inps avrebbe ben potuto e dovuto consegnarli, senza necessariamente consegnare eventuali "pareri legali acquisiti...per la soluzione di liti, potenziali o in atto" (della cui esistenza non vi è alcuna prova), o "le relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto", la cui eventuale rilevanza nel caso di specie non è neppure provata.

In conclusione, e tenendo presenti le siffatte precisazioni, il ricorso va accolto, con il conseguente obbligo per l'Inps di consegnare i documenti richiesti.

Le spese seguono la soccombenza, e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Sezione Terza Quater, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie, nei termini di cui in motivazione, e per l'effetto ordina all'Inps di consegnare i documenti richiesti, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione della presente sentenza.

Condanna l'Inps al pagamento delle spese di giudizio, liquidate in € 2.500,00, oltre accessori, e al rimborso del contributo unificato.

Spese compensate tra ricorrente e le altre parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 novembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Savoia, Presidente

Dauno Trebastoni, Consigliere, Estensore

Paolo Marotta, Consigliere

L'ESTENSORE
Dauno Trebastoni

IL PRESIDENTE
Riccardo Savoia

IL SEGRETARIO