

Publicato il 10/10/2019

N. 01301/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00424/2019 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 la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 424 del 2019, proposto da AC.MO S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Patrizia Longo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Consorzio per la Bonifica della Capitanata, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Nicola Libero Zingrillo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

“Hydro Systems” di Mancusi Francesco, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Patricelli e dall'avvocato Pio Giorgio di Leo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della nota a firma del Presidente del Consorzio per la Bonifica della Capitanata prot. 5541/2019 dell'8 marzo 2019, di diniego parziale dell'istanza di accesso di AC.MO del 12 febbraio 2019, nella parte in cui ha escluso l'offerta tecnica della ditta controinteressata dalla documentazione ostensibile alla richiedente, in quanto *“non ostensibile per ragioni di tutela di elaborati di natura intellettuale inerenti segreto tecnico e/o commerciale della società aggiudicatrice”*;
- di ogni ulteriore atto connesso, presupposto e/o conseguente, ivi compreso, per quanto di ragione:
- della nota a firma del Presidente del Consorzio per la Bonifica della Capitanata prot. 6501/2019 del 19 marzo 2019, recante le motivazioni del diniego di accesso all'offerta tecnica;
- del verbale di consegna parziale dei documenti del 12 marzo 2019;
- della nota a firma del Responsabile della Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza del Consorzio per la Bonifica della Capitanata prot. n. 8148/2019 del 5 aprile 2019, relativa alla richiesta di riesame presentata da ACMO.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio per la Bonifica della Capitanata e della ditta “Hydro Systems” di Mancusi Francesco;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 giugno 2019 il dott. Alfredo Giuseppe Allegretta e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 8.4.2019 e depositato in data 16.4.2019, la società AC.MO S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, adiva il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, al fine di ottenere la pronuncia meglio indicata in oggetto.

Esponiva in fatto di aver preso parte ad una procedura di gara ai sensi dell'art 60 e 95 del d.lgs. n. 50/2016, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, avente ad oggetto l'appalto relativo all'esecuzione dell'opera pubblica "*AGC 175 - Ammodernamento impianto di distribuzione del distretto C/B del comprensorio irriguo Fortore con sistema automatizzato di consegna telecomandato e telerilevato*", per l'importo pari ad € 2.793.741,00 oltre € 1.104,00 per oneri di sicurezza.

Alla medesima procedura partecipava altresì la controinteressata, ditta "Hydro Systems" di Mancusi Francesco.

In data 12 febbraio 2019, in occasione della sessione finale della gara in oggetto, con l'apertura delle buste economiche, AC.MO richiedeva l'accesso agli atti ai sensi e per gli effetti dell'art. 53 del D.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. e degli artt. 22 e ss.gg. della legge 1990 n. 241 e s.m.i., con riferimento a tutti i documenti e agli atti, relativi al procedimento in oggetto e in particolare:

- alla documentazione amministrativa della concorrente "Hydro Systems";
- all'offerta tecnica ed economica;
- a tutti i documenti prodotti a dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico organizzativa e tutti gli atti relativi al controllo dei medesimi;
- ai verbali delle prove tecniche eseguite sui campioni presentati;

- ai verbali relativi all'assegnazione dei punteggi tecnici.

Con nota prot. n. 4795/2019 in data 28 febbraio 2019, AC.MO S.r.l. riceveva la comunicazione del Consorzio di Bonifica della Capitanata relativa all'aggiudicazione della procedura in questione alla società controinteressata.

Con nota in data 28 febbraio 2019 - ossia nello stesso giorno della comunicazione dell'aggiudicazione - la società ricorrente sollecitava immediatamente l'evasione della richiesta di accesso, motivandola con la necessità di tutelare i propri diritti, evidenziando altresì la circostanza che l'Ente aveva nel frattempo indetto un'altra gara identica a quella in oggetto, con scadenza imminente rispetto all'epoca dei fatti e con la conseguente necessità di AC.MO di effettuare valutazioni aziendali sul punto, anche al fine di garantire maggiore competitività per l'offerta da approntare per la Stazione appaltante.

In data 8.3.2018, il Consorzio riscontrava l'istanza di accesso comunicando la non ostensibilità dell'offerta tecnica della "Hydro Systems" *"per ragioni di tutela di elaborati di natura intellettuale inerenti segreto tecnico e/o commerciale della società aggiudicatrice"*.

In data 12.3.2018 il responsabile del procedimento di accesso del Consorzio di Bonifica della Capitanata consegnava a mani del rappresentante di AC.MO S.r.l. i documenti richiesti, con esclusione dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria.

Con nota in data 12.3.2019, la ricorrente contestava al Consorzio di Bonifica della Capitanata l'illegittimità e l'eccessiva genericità della motivazione concernente il diniego alla consegna della documentazione tecnica della gara in oggetto della società concorrente Hydro Systems, nonostante la società controinteressata

avesse espressamente attestato, nell'ambito delle dichiarazioni costituenti la documentazione amministrativa, che non negava tale disponibilità.

Con nota del 19.3.2019, il Consorzio di Bonifica della Capitanata riscontrava la nota di AC.MO, adducendo come motivazione che la legittimità del diniego troverebbe fondamento nella tutela del segreto tecnico e/o commerciale *“in considerazione della particolare natura della gara avente ad oggetto apparecchiature elettro-idrauliche facenti parte di un sistema telecomandato e telerilevato per la distribuzione regolamentata di acqua, comportante necessarie attività di ricerche e di sviluppo finalizzate all'acquisizione di soluzioni avanzate dal punto di vista idraulico, elettronico ed informatico”*.

A seguito di una istanza di riesame del diniego di accesso dichiarata improponibile, la società AC.MO S.r.l. si determinava a proporre il ricorso in epigrafe, evidenziando la sussistenza di un proprio interesse all'accesso, nel merito rimarcando la violazione dell'artt. 3, 22 e ss. l. 241/90, la violazione art. 53 d.lgs. 50/16, la violazione art. 97 Cost. nei canoni di imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa, la violazione dell'art. 24 Cost. per eccesso di potere per difetto di istruttoria e difetto di motivazione, la violazione dei principi interni e comunitari in materia di accesso alla documentazione amministrativa e di efficacia delle procedure di ricorso; la violazione e falsa applicazione dell'artt. 3, 22 e ss. l. 241/90, la violazione dell'art. 53 d.lgs. 50/16, la violazione dell'art. 97 Cost. nei canoni di imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa, sotto diverso e ulteriore profilo, l'eccesso di potere per difetto di istruttoria e difetto di motivazione sotto diverso e ulteriore profilo; la violazione e falsa applicazione dell'artt. 3, 22 e ss.

l. 241/90, la violazione dell'art. 53 d.lgs. 50/16, la violazione dell'art. 97 Cost. nei canoni di imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa, sotto diverso e ulteriore profilo, l'eccesso di potere per difetto di istruttoria e difetto di motivazione sotto diverso e ulteriore profilo; in via subordinata, la violazione e falsa applicazione dell'artt. 3, 22 e ss. l. 241/90, la violazione dell'art. 53 d.lgs. 50/16, la violazione dell'art. 97 Cost. nei canoni di imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa, sotto diverso e ulteriore profilo, l'eccesso di potere per difetto di istruttoria e difetto di motivazione sotto diverso e ulteriore profilo, essendoci stata, in tesi, la astratta possibilità di evadere la proposta istanza di accesso *“secondo termini e modalità in astratto compatibili con l'eventuale tutela di una supposta riservatezza dell'aggiudicataria”*.

Con memoria del 30.4.2019, si costituiva in giudizio la ditta “Hydro Systems” di Mancusi Francesco, evidenziando in fatto di aver indicato come *“documentazione riservata”* i documenti contenenti segreti industriali e commerciali di cui all'offerta tecnica di cui *supra*.

Nel merito, la ditta “Hydro Systems” argomentava per la reiezione dell'introdotta ricorso.

Con memoria pervenuta in data 8.6.2019, si costituiva in giudizio il Consorzio per la Bonifica della Capitanata, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, parimenti instando per la reiezione nel merito del detto ricorso.

All'udienza in camera di consiglio del 19 giugno 2019, la causa era definitivamente trattenuta in decisione.

Tutto ciò premesso, il ricorso è infondato nel merito e, pertanto, non può essere accolto.

I motivi di ricorso possono essere unitariamente trattati, in quanto complessivamente analizzabili alla luce delle medesime circostanze di fatto.

Come emerge dagli atti di causa, l'offerta tecnica presentata nella gara sopra ricordata da parte della ditta "Hydro Systems" era stata espressamente qualificata come "*documentazione riservata*", sussistendo in proposito un interesse della menzionata ditta alla tutela del proprio "*know how*" industriale.

Rimarcava, in particolare, di essersi opposta all'ostensione di detta offerta tecnica, in quanto "*i dispositivi offerti, come è noto, non vengono costruiti secondo standard tecnici aperti e condivisi, ma sulla base di un'attività di progettazione, come pure di ricerca e sviluppo, utilizzando hardware, software e tecnologie produttive ritenute più idonee al raggiungimento degli obiettivi progettuali, degli standard qualitativi e delle performance tecnologiche richieste dal mercato. Le migliori progettuali offerte in sede di gara, le caratteristiche della carpenteria metallica, delle idrovalvole, dei dispositivi elettronici, nonché i protocolli di comunicazione e il sistema di telecontrollo non possono essere oggetto, alla luce di quanto esposto, di accesso conoscitivo da parte della concorrenza, in quanto costituiscono proprietà industriale e commerciali della scrivente [...]*".

A fronte di tanto risultava doveroso per l'Amministrazione resistente far constare le attestate ragioni di tutela degli elaborati di natura intellettuale inerenti segreti tecnici e/o commerciali della società aggiudicatrice, respingendo la richiesta di accesso, peraltro in correlazione con una gara d'appalto dal chiaro contenuto innovativo.

A parere del Collegio è poi dirimente, nel caso di specie, che, nella nota di sollecito AC.MO del 28 febbraio 2019, si motivi l'interesse della richiedente all'accesso nel seguente modo: "*La necessità di avere questo accesso il più rapidamente possibile è dovuto, tra l'altro, oltre che ai nostri*

diritti (la massima trasparenza deve sempre contraddistinguere i rapporti tra ente appaltante e impresa concorrente), al fatto che il Vostro rispettabile Ente ha nel frattempo indetto una ulteriore gara (con scadenza 09 aprile) identica a quella in oggetto e quindi la disponibilità della documentazione di che trattasi ci consentirà di essere più competitivi.”.

L'acquisizione della documentazione tecnica della ditta controinteressata a fini di incremento della propria competitività concorrenziale ai danni di quest'ultima costituisce un esercizio abusivo del diritto di accesso, in quanto mirante ad una inappropriata acquisizione indiretta di informazioni coperte da segreto industriale e commerciale, tanto che la medesima ricorrente non aveva autorizzato l'Ente all'ostensione della documentazione tecnica di sua provenienza.

Peraltro, come è noto, i commi 5 e 6 dell'art. 53 del Codice dei contratti pubblici rimarcano come l'accesso *“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”* sia consentito esclusivamente *“ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto.”*.

Nel caso di specie, il provvedimento di aggiudicazione della gara, per libera scelta della AC.MO, non è stato oggetto di impugnazione, ancorché pubblicato precedentemente alla proposizione del ricorso qui contestato e, comunque, portato a conoscenza della ricorrente, in tal modo rendendo evidente la disconnessione fra la proposta istanza di accesso e l'esigenza di tutelare le proprie ragioni in giudizio, essendoci stata la piena possibilità in proposito di presentare un primo ricorso avverso l'aggiudicazione, da integrare successivamente

con motivi aggiunti all'esito della ostensione della più volte richiesta offerta tecnica.

In assenza di tale attività processuale, non appare credibile la natura defensionale dell'accesso così come presentato in ricorso.

Ne consegue l'infondatezza nel merito delle censure svolte, per come sopra epitomate.

Le problematiche appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, tra le tante, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663; sez. I, 27 dicembre 2013 n. 28663).

Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e, comunque, inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Da ultimo, in considerazione della natura della controversia in esame e dalla limitata attività processuale svolta, possono ritenersi sussistenti i presupposti di legge per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 19 giugno
2019 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Angelo Fanizza, Primo Referendario

Alfredo Giuseppe Allegretta, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Alfredo Giuseppe Allegretta

IL PRESIDENTE

Angelo Scafuri

IL SEGRETARIO