

Publicato il 19/08/2022

N. 02514/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00621/2022 REG.RIC.



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

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 621 del 2022, proposto dal Consorzio Stabile Progettisti e Costruttori, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Presidenza della Regione Siciliana - Dipartimento della Protezione Civile, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo, domiciliataria ex lege in Palermo, via Valerio Villareale n. 6;

nei confronti

Bdf Appalti S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuliana Ardito, Maria Beatrice Miceli e Giovanna Barbara De Francisci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso lo studio dell'avv. Maria Beatrice Miceli in Palermo, via Nunzio Morello n. 40;

Gruppo Ciccotti S.r.l., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- della Determina n. 67 dell'1.3.2022, pubblicata in data 9.3.2022, con cui la Presidenza Regione Siciliana, Dipartimento Protezione Civile – DRPC Sicilia, ha disposto l'aggiudicazione della gara in favore del RTI composto dalle ditte BDF Appalti S.r.l. e Gruppo Ciccotti S.r.l.;

- del verbale di gara del 20.12.2021 con cui è stata proposta l'aggiudicazione dell'appalto a favore del RTI BDF;

- nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti;

nonché per la condanna dell'Ente intimato a risarcire il danno cagionato alla ricorrente in forma specifica, mediante annullamento degli atti impugnati, con conseguente esclusione dalla gara del RTI BDF ed aggiudicazione della commessa a favore del Consorzio odierno ricorrente; e con riserva di chiedere, in separato giudizio, il ristoro dei danni per equivalente monetario qualora risultasse impossibile la reintegrazione in forma specifica per fatto non imputabile o comunque non dipendente dalla volontà della odierna ricorrente;

quanto al ricorso incidentale:

a) del verbale di gara telematica n. 5 del giorno 11 novembre 2021, nella parte in cui il Consorzio Stabile Progettisti e Costruttori non è stato escluso dalla procedura;

b) dei successivi verbali di gara telematica nn. 6, 7, 8, 9, 10 e 11 del 13 dicembre 2021 con cui la Commissione giudicatrice, piuttosto che disporre l'esclusione, ha ammesso il Consorzio Stabile Progettisti e Costruttori alle successive fasi della gara;

c) ove occorra e per quanto di ragione, del verbale di gara telematica n. 12 del 20 dicembre 2021, nella parte in cui, richiamati i recedenti verbali, non si è provveduto all'esclusione del Consorzio Stabile Progettisti e Costruttori;

d) della Determina n. 67/22, a firma del RUP, e della Disposizione n. 251/22 del Dipartimento di Protezione Civile, rispettivamente, di approvazione degli

atti della gara e di approvazione degli atti di gara e dei relativi verbali, nelle parti in cui, pur provvedendosi correttamente all'aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore del R.T.I. composto da BDF Appalti s.r.l. e Gruppo Ciccotti s.r.l., non si è disposta l'esclusione dalla procedura del Consorzio Stabile Progettisti e Costruttori;

e) di ogni altro atto della procedura di gara, presupposto, connesso e/o consequenziale, nella parte in cui non ha disposto l'esclusione dalla stessa del Consorzio Stabile Progettisti e Costruttori.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Vista l'istanza ex art. 116 c.p.a. presentata da parte ricorrente;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Bdf Appalti S.r.l. e della Presidenza della Regione Siciliana - Dipartimento della Protezione Civile;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2022 il dott. Francesco Mulieri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Con il ricorso in epigrafe, il Consorzio Stabile Progettisti e Costruttori (di seguito anche solo CPC) - premesso di avere partecipato alla procedura aperta, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento dell'appalto denominato "*O.C.D.P.C. 435/2017 ex O.C.D.P.C. n. 257/2015 - PA 009 "Ricostruzione di un tratto di strada della SP 24 Scillato-Caltavuturo (PA) e realizzazione opere di contenimento da prog.va Km 2+800 a Km 5.400 circa, oltre ripresa della sovrastruttura stradale e opere di sistemazione idraulica"* (CIG: 872614637B) - ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione dell'appalto in favore del RTI BDF nonché tutti gli atti ad esso presupposti.

Si sono costituiti la Presidenza della Regione Siciliana e la BDF APPALTI s.r.l., sia in proprio sia in qualità di capogruppo mandataria dell'A.T.I. costituita con la società Gruppo Ciccotti s.r.l., che ha altresì proposto ricorso incidentale.

In data 7.4.2022 la Stazione appaltante ha rilasciato la documentazione richiesta dal Consorzio ricorrente con istanza trasmessa in data 3.2.2022, ad eccezione dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria.

Con note del 24.3.2022 e del 5.4.2022, CPC ha sollecitato la trasmissione della documentazione richiesta.

Con nota prot. n. 16202 dell'8.4.2022, la Stazione appaltante ha rigettato espressamente la richiesta di accesso all'offerta tecnica della società aggiudicataria con la seguente motivazione: *“con nota acquisita al protocollo di entrata n. 16149 del 08/04/2022, il Legale Rappresentante della BDF Appalti SRL ha trasmesso il diniego di accesso all'offerta tecnica. Di conseguenza si rigetta la richiesta di accesso alla documentazione tecnica”*.

Con istanza, ex art. 116 c.p.a., depositata il 6 maggio 2022, il ricorrente ha chiesto, oltre all'annullamento del diniego di accesso opposto dalla stazione appaltante all'offerta tecnica del RTI BDF Appalti, che sia ordinata alla Presidenza della Regione Siciliana l'ostensione di tutta la documentazione richiesta con la nota del 5.4.2022.

Con l'ordinanza n. 345 del 25/05/2022 il Collegio ha respinto la domanda cautelare.

Le parti hanno depositato memorie in vista dell'udienza camerale del 05/07/2022, fissata per la trattazione della domanda ex art. 116 c.p.a., all'esito della quale la causa è stata posta in decisione.

L'istanza ex art. 116 c.p.a. è fondata ed è meritevole di accoglimento.

L'art. 53 del codice dei contratti pubblici rinvia alla disciplina generale di cui agli artt. 22 e ss. della legge n. 241/1990, salvi gli specifici limiti all'accesso e alla divulgazione previsti dai commi dal 2 a 6 dello stesso art. 53.

Il comma 5 lett. a) della norma esclude 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.

Il coordinamento tra l'art. 53, comma 5 lett. a) e il successivo comma 6, palesa che, in relazione alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima, è comunque consentito l'accesso al concorrente ai fini *“della difesa in giudizio dei propri interessi con riferimento alla procedura di affidamento del contratto”*.

Tanto i limiti soggettivi e oggettivi all'accessibilità degli atti, quanto la previsione di divieti di divulgazione del contenuto di determinati atti, integrano un insieme di regole che disciplinano in modo completo la conoscibilità degli atti e dei documenti rilevanti nelle diverse fasi di formazione ed esecuzione dei contratti pubblici.

Si tratta di una sorta di *“microsistema normativo”* correlato alle peculiarità del settore considerato, pur all'interno delle coordinate generali tracciate dalla legge n. 241 del 1990 e che tuttavia contiene prescrizioni più restrittive di quelle poste dall'art. 24 della legge n. 241, posto che nel regime ordinario l'accesso è consentito ove necessario per la tutela della posizione giuridica del richiedente senza alcuna restrizione alla sola dimensione processuale.

Ne consegue che, proprio in applicazione della disciplina di cui al menzionato art. 53:

- si impone al giudice *“un accurato controllo in ordine all'effettiva utilità della documentazione richiesta ... allo specifico fine di verificare la sussistenza del concreto nesso di strumentalità tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e la tutela difesa in giudizio degli interessi della stessa impresa ricorrente, quale partecipante alla procedura di gara pubblica il cui esito è controverso (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 6083/2018)”* (Cons. Stato, sez. III, 19 luglio 2022, n. 1175);
- il diritto alla piena ed effettiva tutela giurisdizionale deve ritenersi prevalente rispetto al diritto alla riservatezza delle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta, ma va operata una stringente verifica del nesso di strumentalità tra la documentazione richiesta e la necessità della tutela giurisdizionale della posizione dell'istante.

Nel caso di specie, contrariamente a quanto sostenuto dalle parti resistenti, sussiste tale strumentalità, avendo il ricorrente motivato la propria richiesta con riferimento all'esigenza "di difendere in giudizio gli interessi della ... Società in relazione alla suddetta procedura di affidamento, in quanto l'offerta presentata dal costituendo RTI con mandataria BDF Appalti è affetta da evidenti vizi che ne determinano l'inammissibilità".

I profili difensivi allegati dal ricorrente afferiscono, infatti, alle concrete modalità di valutazione delle offerte e pertanto l'accesso all'offerta tecnica dell'aggiudicataria rappresenta un elemento necessario ai fini della tutela della posizione soggettiva di cui il primo è portatore.

Sul punto, la giurisprudenza ha precisato che subordinare l'accesso alle offerte tecniche alla dimostrazione della stretta indispensabilità del documento rispetto alla deduzione di specifici motivi di impugnazione realizza un'inversione logica, non potendosi, in assenza della conoscenza della offerta tecnica, dedursi motivi di ricorso se non nella forma generica e inammissibile del c.d. "ricorso al buio", con inaccettabile compressione del diritto di difesa (cfr., da ultimo, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 24 gennaio 2022, n. 145; cfr., altresì, Consiglio di Stato, sez. III, 16 febbraio 2021, n. 1437, secondo cui non è ammissibile pretendere che un operatore economico, per essere legittimato ad accedere all'offerta tecnica dell'operatore vincitore, debba prima proporre un c.d. "ricorso al buio").

È dunque destituita di fondamento la tesi dell'Amministrazione secondo la quale la ricorrente non avrebbe adeguatamente dimostrato la sussistenza di un interesse all'ostensione meritevole di tutela, rispetto all'esigenza di difendere in giudizio i propri interessi in relazione alla specifica procedura ad evidenza pubblica.

Peraltro il quadro ora delineato è del tutto coerente con i consolidati principi in materia (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 19 del 25 settembre 2020), a mente dei quali: a) la pretesa ostensiva è una situazione soggettiva strumentale per la tutela di situazioni sostanziali, a prescindere dalla qualificazione della

situazione finale in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo; b) la necessità (o la stretta indispensabilità) della conoscenza del documento determina il nesso di strumentalità tra il diritto all'accesso e la situazione giuridica finale, nel senso che l'ostensione del documento amministrativo deve essere valutata, sulla base di "un giudizio prognostico ex ante" (e non ex post) come il tramite - in questo senso strumentale - "per acquisire gli elementi di prova in ordine ai fatti (principali e secondari) integranti la fattispecie costitutiva della situazione giuridica finale controversa" e delle correlate "pretese astrattamente azionabili in giudizio"; c) la delibazione deve essere condotta "sull'astratta pertinenza della documentazione rispetto all'oggetto della res controversa"; d) ai fini del riconoscimento della situazione legittimante, non è positivamente richiesto "il requisito dell'attuale pendenza di un processo in sede giurisdizionale. In altri termini, muovendo dall'assenza di una previsione normativa che ciò stabilisca, è possibile trarre il convincimento che la pendenza di una lite (dinanzi al giudice civile o ad altro giudice) può costituire, tra gli altri, un elemento utile per valutare la concretezza e l'attualità dell'interesse legittimante all'istanza di accesso, ma non ne rappresenta la precondizione tipica".

Non merita neanche condivisione l'argomentazione della Difesa erariale secondo cui il ricorrente non avrebbe "mai contestato e/o messo in discussione le valutazioni della Stazione appaltante relative all'offerta tecnica, limitandosi a paventare questioni attinenti all'offerta temporale". Ed invero, non avendo avuto accesso (neppure parziale) all'offerta tecnica, non si vede come il Consorzio istante avrebbe potuto contestare le valutazioni espresse dalla Commissione di gara con riferimento alla proposta tecnica della controinteressata.

In definitiva, contrariamente a quanto ritenuto dalla resistente Amministrazione, il richiesto accesso nella fattispecie considerata non può essere ritenuto "meramente esplorativo", essendo stato puntualmente riferito al concreto ed attuale interesse dell'impresa concorrente, differenziato

rispetto a quello della generalità dei consociati secondo le previsioni della legge n. 241/1990, a verificare la correttezza delle valutazioni tecniche della commissione ai fini della possibilità, da valutare *ex ante* ed in astratto con riferimento al momento della domanda, di ottenere una tutela giurisdizionale e comunque di conoscere le possibili violazioni delle regole dell'evidenza pubblica secondo le regole del codice dei contratti pubblici, necessariamente interpretate secondo la disciplina eurounitaria di riferimento (direttiva ricorsi n. 89/665/CEE, Considerando n. 122 della direttiva n. 2014/24/UE), che non subordina l'esercizio di tale interesse alla proposizione di un ricorso giurisdizionale.

Sulla scorta di quanto precede deve dunque essere rigettata l'eccezione di inammissibilità del ricorso formulata sia dalla resistente Amministrazione che dalla controinteressata.

Quanto alle ragioni poste alla base del diniego di accesso, giova premettere che, in generale, spetta all'amministrazione il compito di verificare l'effettiva sussistenza di un segreto commerciale la quale deve essere oggetto di un autonomo e discrezionale apprezzamento da parte della stazione appaltante, sotto il profilo della validità e della pertinenza delle ragioni prospettate a sostegno dell'opposto diniego (sul punto la giurisprudenza è consolidata, cfr. TAR Campania, Napoli, sez. II, 30 gennaio 2020, n. 437).

Nel caso di specie la stazione appaltante non ha svolto alcuna valutazione in ordine all'opposizione dell'aggiudicatario del 7 aprile 2022 (in atti) - peraltro generica e senza alcun riferimento all'esigenza di preservare il segreto industriale - limitandosi soltanto a richiamarla, come se il fatto in sé dell'opposizione fosse preclusivo dell'accesso.

Tale *modus operandi* è illegittimo poiché spetta all'amministrazione decidere, in modo adeguatamente motivato e sulla base di un'idonea istruttoria, se le esigenze palesate dall'aggiudicatario integrino un effettivo segreto commerciale tale da poter essere opposto alla richiesta di accesso, imponendosi alla stazione appaltante "una motivata valutazione delle

argomentazioni offerte, ai fini dell'apprezzamento della effettiva rilevanza per l'operatività del regime di segretezza", in adempimento dell'obbligo di controllo della fondatezza della dichiarazione dell'impresa controinteressata circa la sussistenza di specifici ambiti di segretezza industriale e commerciale (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 16 febbraio 2021, n. 1437).

Ne discende che il diniego di accesso è illegittimo perché fondato sull'acritico recepimento da parte della stazione appaltante di un'opposizione all'ostensione che, per la sua genericità, non dimostra l'effettiva presenza di segreti commerciali o industriali da tutelare.

In conclusione l'istanza proposta ai sensi dell'art. 116 c.p.a. è fondata e deve essere accolta.

Le spese seguono la soccombenza e vengono poste a carico della Presidenza della Regione Siciliana e della BDF Appalti s.r.l., secondo gli importi liquidati in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima):

- accoglie l'istanza e, per l'effetto, annulla il diniego di accesso impugnato;
- ordina alla Presidenza della Regione Siciliana l'ostensione di tutta la documentazione richiesta dalla parte ricorrente con nota del 5 aprile 2022 entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione o notificazione della presente ordinanza.

Condanna in solido la Presidenza della Regione Siciliana e la BDF Appalti s.r.l. al pagamento delle spese della presente fase processuale, liquidandole in euro 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre accessori di legge.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Francesco Mulieri, Consigliere, Estensore

Luca Girardi, Referendario

L'ESTENSORE
Francesco Mulieri

IL PRESIDENTE
Salvatore Veneziano

IL SEGRETARIO