

Publicato il 01/12/2023

N. 01388/2023 REG.PROV.COLL.
N. 01058/2023 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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1058 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da R.T.I. Co.Bit. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9666057A91, rappresentato e difeso dagli avvocati Enrico Follieri e Ilde Follieri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Anas - Gruppo F.S. Italiane, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Costanzo Cascavilla, Roberta Anna Ninni e Monica Ortolano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Consorzio Stabile Argo S.c. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Maria Sara Derobertis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio, in Bari, N. Pizzoli n. 8;

Paving Technology S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Vito Aurelio Pappalepore e Alessandra Ciocia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Costruzioni Nasoni S.r.l., Impresa di Costruzioni Geom. Matteo Santalucia S.r.l., non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- della determina del 21 luglio 2023, prot. n. 0587046-U, comunicata con nota del 25 luglio 2023, prot. n. 0596196-U, del Responsabile Unità Appalti di Lavori dell'ANAS S.p.A. - Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane, di approvazione dell'aggiudicazione, in favore del Consorzio Stabile Argo S.c. a r.l., della gara di appalto “BA 05/23 S.S. 16 ‘Adriatica’-interventi ricorrenti di manutenzione ai fini del recupero funzionale della Tangenziale Ovest di Foggia-S.S. n. 673-(ex S.S. 16)-Lotto 3-S.S. n. 16 innesto primo lotto Foggia-Cerignola fino al Km 16+540 della S.S. n. 673. Cod. CUP F71B16000530001; CODICE CIG: 9666057A91”;

- dei verbali della Commissione di gara e in particolare:

(i) del verbale n. 4 della seduta riservata del 18 maggio 2023 nel corso della quale è stata esaminata l'offerta tecnica del Consorzio Stabile Argo S.c. a r.l.;

(ii) del verbale n. 10 della seduta riservata dell'8 giugno 2023 nella quale sono state aperte le offerte economiche di tutti partecipanti, si è stilata la graduatoria finale ed è stata proposta l'aggiudicazione in favore del Consorzio Stabile Argo S.c. a r.l.;

- di ogni altro atto di gara connesso e/o consequenziale, ancorché non conosciuto e per quanto di interesse;

nonché per la declaratoria di inefficacia

del contratto tra il Consorzio Stabile Argo S.c. a r.l. e l'ANAS S.p.A. - Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane se, nelle more, sottoscritto;

e il subentro

nel detto contratto del costituendo RTI Co.Bit. S.r.l. - Costruzioni Nasoni S.r.l. - Impresa di Costruzioni Geom. Matteo Santalucia S.r.l. (mandanti), secondo in graduatoria;

altresì

per l'annullamento

dell'atto del 9 agosto 2023, prot. n. 0642343, dall'ANAS S.p.A. - Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane del parziale diniego opposto sull'istanza di accesso agli atti di gara presentata dalla ricorrente;

e la condanna

dell'ANAS S.p.A. - Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane all'esibizione e al rilascio di copia di tutti i documenti richiesti, nel termine non superiore a 30 giorni, dettando le relative modalità.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Consorzio Stabile Argo S.c. a r.l. il 2/10/2023:

a) la determina del 21 luglio 2023, prot. n. 0587046-U, comunicata con nota del 25 luglio 2023, prot. n. 0596196-U, del Responsabile Unità Appalti di Lavori dell'ANAS S.p.A. - Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane, di approvazione

dell'aggiudicazione, in favore del Consorzio Stabile Argo S.c. a r.l., della gara di appalto “BA 05/23 S.S. 16 ‘Adriatica’-interventi ricorrenti di manutenzione ai fini del recupero funzionale della Tangenziale Ovest di Foggia-S.S. n. 673-(ex S.S. 16)-Lotto 3-S.S. n. 16 innesto primo lotto Foggia-Cerignola fino al Km 16+540 della S.S. n. 673. Cod. CUP F71B16000530001; CODICE CIG: 9666057A91”;

b) i verbali della Commissione di gara e in particolare: (i) il verbale n. 4 della seduta riservata del 18 maggio 2023 nel corso della quale è stata esaminata l'offerta tecnica del Consorzio Stabile Argo S.c. a r.l.; (ii) il verbale n. 10 della seduta riservata dell'8 giugno 2023 nella quale sono state aperte le offerte economiche di tutti partecipanti, si è stilata la graduatoria finale ed è stata proposta l'aggiudicazione in favore del Consorzio Stabile Argo S.c. a r.l.

Parte ricorrente ha, altresì, avanzato istanza ex art. 116 c.p.a., chiedendo l'annullamento dell'atto del 9 agosto 2023, prot. n. 0642343, dell'ANAS S.p.A. - Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane di parziale diniego opposto sull'istanza di accesso agli atti di gara presentata dalla ricorrente, con riguardo all'offerta tecnica del Consorzio Argo nella versione integrale.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio Stabile Argo S.c. a r.l. e di Paving Technology S.r.l. e di Anas - Gruppo Fs Italiane;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 28 novembre 2023 il dott. Alfredo Giuseppe Allegretta e uditi per le parti i difensori nessuno è comparso per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso del 21 settembre 2023, il costituendo R.T.I. Co.Bit s.r.l. - Costruzioni Nasoni s.r.l. - Impresa di Costruzioni Geom. Matteo Santalucia agiva innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, per:

1. l'annullamento, previa sospensione, degli atti relativi alla procedura di gara, aggiudicata al Consorzio Stabile Argo S.c. a r.l. e indetta dall'ANAS S.p.A., per l'affidamento dei lavori e del servizio di monitoraggio ambientale in corso d'opera dell'intervento "*S.S. 16 "Adriatica" – interventi ricorrenti di manutenzione ai fini del recupero funzionale della Tangenziale Ovest di Foggia – S.S. n. 673 – (ex S.S. 16) – LOTTO 3 – S.S. n. 16 innesto primo lotto Foggia-Cerignola fino al km 16+540 della S.S. n. 673 Cod. CUP: F71B16000530001; CODICE CIG: 9666057A91*";
2. la declaratoria di inefficacia del contratto tra il Consorzio e l'ANAS S.p.A., se nelle more sottoscritto;
3. il subentro, nel detto contratto del ricorrente, secondo in graduatoria;
4. l'annullamento, altresì, del parziale diniego opposto dall'ANAS S.p.A. all'istanza di accesso agli atti del ricorrente;
5. la condanna dell'ANAS S.p.A. all'esibizione e al rilascio di copia di tutti i documenti richiesti, nel termine non superiore a trenta giorni, dettando le relative modalità;

L'udienza in camera di consiglio per la discussione dell'istanza cautelare è stata fissata per il 10 ottobre 2023.

Il Consorzio Stabile Argo S.c. a r.l., nelle more, si è costituito in giudizio e:

- (i) con atto notificato il 28 settembre 2023 ha promosso ricorso incidentale e istanza ex art.116 del c.p.a.;
- (ii) in data 4 ottobre 2023, ha notificato un primo atto per motivi aggiunti nel ricorso incidentale;
- (iii) in data 5 ottobre 2023, ha notificato un secondo atto per motivi aggiunti nel ricorso incidentale.

All'udienza camerale del 10.10.2023 il Presidente ha disposto l'abbinamento al merito dell'esame dell'istanza cautelare e la fissazione dell'udienza pubblica al 9 gennaio 2024.

Per la successiva udienza camerale del 28.11.2023 è stata fissata la discussione e la decisione in relazione alle due istanze di accesso presentate in atti.

All'udienza del 28.11.2023, la causa è stata trattenuta in decisione quanto ai profili relativi all'accesso.

Preliminarmente al merito, le censure di inammissibilità nei confronti dell'istanza di accesso presentata dal Consorzio Stabile Argo S.c. a r.l. sono infondate e non possono essere accolte.

L'accesso chiesto dal più volte menzionato Consorzio è correlato al ricorso principale proposto dalla seconda classificata avverso il provvedimento di aggiudicazione in favore del Consorzio Argo, avendo peraltro quest'ultimo, pure già proposto un doppio ricorso incidentale, con l'impugnazione *in parte qua* degli atti di gara.

Ne consegue che l'accesso è motivato da solide ragioni di carattere defensionale, in quanto legittimamente finalizzato a verificare l'effettiva sussistenza dei requisiti di ammissione in capo al R.T.I. Co.Bit.

D'altra parte, per ragioni di "parità delle armi", non può certo negarsi il diritto del Consorzio Argo ad accedere alla documentazione amministrativa della ricorrente principale, specie quando a quest'ultima è stato accordato, da parte della stessa Stazione appaltante, il diritto ad accedere alla documentazione amministrativa del Consorzio Argo.

Diversamente opinando dovrebbe immaginarsi che, in presenza di gare esperite con il sistema della c.d. "inversione procedimentale", come quella in esame, le tutele apprestate in favore della prima classificata, aggiudicataria dell'appalto, dovrebbero risultare inferiori rispetto a quelle riconosciute agli altri concorrenti, con una evidente lesione anche della *par condicio*.

Una siffatta opzione interpretativa, inoltre, sarebbe manifestamente lesiva del diritto di difesa ex art. 24 Cost. e, pertanto, non può essere condivisa, perché in contrasto con l'obbligo di interpretazione costituzionalmente orientato.

In particolare, la difesa tecnica della società Co.Bit. sostiene che sarebbe inammissibile l'interesse all'accesso del Consorzio Argo in quanto *“nel presente giudizio si controverte sulla legittimità dell'aggiudicazione, contestata dal ricorrente, nonché della legittimità del punteggio assegnato per l'offerta tecnica del ricorrente secondo i motivi di ricorso incidentale, non è dunque stata dedotta in giudizio alcuna illegittimità relativamente alla documentazione amministrativa del ricorrente”*.

Tale eccezione non può essere condivisa.

Nei ricorsi incidentali non è stata articolata, allo stato, alcuna censura riguardante la documentazione amministrativa della società Co.Bit. proprio perché la Stazione appaltante ha opposto il diniego di accesso a tali documenti.

D'altra parte, in assenza di conoscenza della predetta documentazione, qualsiasi censura eventualmente articolata sul punto sarebbe risultata, essa sì, inammissibile, proprio perché fondata su elementi meramente ipotetici.

Peraltro e conclusivamente sul punto, il Collegio ritiene di sposare oggi una lettura forte dell'accesso agli atti e documenti di gara, essendo il valore della trasparenza amministrativa, soprattutto nelle procedure pubbliche di scelta del contraente, un bene giuridico autonomo, che fonda una posizione di potere del privato nei confronti della Pubblica Amministrazione che non può essere conculcato ad es. dal quadro delle contestazioni per come delineato nel “mero” ricorso introduttivo del giudizio.

L'accesso, al contrario, delinea una posizione di interesse che resta aperta per tutta la durata della procedura, al fine di fondare la massima trasparenza possibile dell'operato amministrativo, in un quadro di responsabilità integrale delle Stazioni appaltanti per la piena *accountability* del loro operato.

Di modo che l'interesse all'accesso è una posizione giuridica soggettiva di potere che è di per sé del tutto indipendente dall'oggetto formale del giudizio, non potendosi pertanto in alcun modo eccepire l'inammissibilità parametrando

all'oggetto dell'impugnativa, per come individualmente delineato, in una prima fase contenziosa, dal solo ricorrente.

Nel merito, in estrema quanto doverosa sintesi, entrambe le istanze di accesso presentate in atti sono fondate e, pertanto, devono essere accolte.

In materia di accesso ai documenti relativi al procedimento concorsuale o di gara da parte di chi vi abbia partecipato, la giurisprudenza amministrativa ritiene che l'interesse "*sottostante*", che legittima all'esercizio del diritto, sia ravvisabile, di fatto, *in re ipsa* (cfr. Cons. Stato n. 1115/2009).

Inoltre, la giurisprudenza da tempo ha precisato che l'interesse all'accesso rappresenta una situazione giuridicamente autonoma e non necessariamente coincidente in senso stretto con quello all'impugnativa di un provvedimento amministrativo.

Proprio l'autonomia dell'interesse all'accesso comporta l'irrilevanza della circostanza che gli atti concorsuali oggetto della domanda siano divenuti, in tesi, definitivi ed inoppugnabili, nonché dell'eventuale infondatezza o inammissibilità della domanda giudiziale che il richiedente - una volta conosciuti gli atti - potrebbe proporre (cfr. Cons. Stato n. 5111/2015).

A conferma di ciò, l'art. 24 della L. n. 241 del 1990 garantisce l'accesso proprio a quegli atti la cui conoscenza sia necessaria per curare o difendere i propri interessi giuridici (cfr. comma 7).

Non v'è dubbio alcuno, pertanto, che il ricorrente sia titolare, nella specie, di un interesse diretto, concreto e attuale corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata ai documenti ai quali ha chiesto l'accesso, anche al fine di curare e difendere i propri interessi giuridici.

Poiché dall'accesso a detti documenti potrebbero innegabilmente scaturire opportunità di più compiuta e completa difesa in giudizio per la posizione del ricorrente, devono ritenersi pienamente sussistenti i presupposti di legge per l'accoglimento del ricorso, con conseguente annullamento del parziale diniego dell'Amministrazione.

In proposito, come è noto, in base all'art 53. D.lgs. n. 50/2016, l'accesso «*alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscono, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali*» è tendenzialmente escluso, salvo nei confronti del «*concorrente al fine della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto*».

Nella disciplina vigente, dunque, è riconosciuto l'interesse qualificato del concorrente ad accedere agli atti di gara, risolvendosi a favore del diritto di difesa - e quindi dell'accesso - il conflitto trasversalmente latente e sin troppo strumentalmente immanente che in materia di appalti si instaura rispetto ai profili di riservatezza che possano riguardare segreti tecnici o commerciali avvalendosi dei quali si sia giunti a confezionare l'offerta di gara.

Del resto, sempre restando su un piano generale, la stessa scelta a monte di partecipare ad una procedura pubblica di selezione - con le esigenze di trasparenza che la connotano - implica necessariamente il rischio di una possibile “pubblicizzazione” del segreto tecnico o commerciale, essendo evidente che, proprio in correlazione all'insorgere di un possibile contenzioso in relazione alla stessa, la parte, in prima battuta, o se del caso il Giudice, nell'esercizio dei propri poteri istruttori, potrebbero realisticamente utilizzare in tutto o in parte per le esigenze del giudizio il materiale astrattamente coperto da segreto, in tal modo inevitabilmente pubblicizzandolo.

Nello stesso partecipare ad una procedura di evidenza pubblica vi è dunque una potenziale “accettazione del rischio” di pubblicizzazione dei contenuti dell'offerta, con particolare riguardo all'insorgere di esigenze processuali.

Le contrarie posizioni espresse dal Consiglio di Stato in alcune isolate pronunce (cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 64/2020) non possono essere condivise e sono state palesemente superate dall'evoluzione normativa contemporanea.

Come è noto, il nuovo Codice Appalti 2023 (cfr. D.Lgs. n. 36/2023) ha introdotto una nuova disciplina dell'accesso agli atti di gara che, pur non applicandosi direttamente alla procedura in esame *ratione temporis*, è oltre modo significativo

rispetto alle tendenze ideologico culturali, oltre che ovviamente giuridiche, verso le quali il sistema sta evolvendo.

Una novità rilevante è sicuramente prevista all'art. 36: con la comunicazione digitale dell'aggiudicazione, verranno rese note anche le decisioni assunte dalla Stazione appaltante sulle richieste di oscuramento di parti delle offerte, formulate dagli offerenti a tutela dei loro segreti tecnici o commerciali.

In tal modo si vuole palesemente accelerare la procedura; gli operatori non dovranno più formulare alcuna istanza di accesso.

Inoltre, ai primi cinque classificati in graduatoria, sarà consentito visionare reciprocamente le rispettive offerte, sempre attraverso le piattaforme informatiche.

Ma si noti che tutto verrà deciso in autonomia dalla Stazione appaltante al momento di valutazione delle offerte: non è previsto un preliminare avviso all'offerente, quale controinteressato, circa l'intenzione di rendere visibili le parti di offerte indicate come segrete, né viene disciplinato un contraddittorio sul punto prima dell'aggiudicazione.

Le decisioni sulle richieste di oscuramento, comunicate appunto contestualmente all'aggiudicazione, potranno essere impugnate solamente per le vie giudiziali, nel breve termine – ai limiti del giugulatorio – di dieci giorni.

Il quadro che emerge è, per l'appunto, quello della pubblicizzazione integrale della gara pubblica e l'eradicazione, si spera definitiva di tutto il contenzioso sviluppatosi negli ultimi anni sulla, spesso strumentale, difesa del c.d. *know how* industriale e commerciale.

Nel caso di specie, entrambe le parti hanno fornito ampia allegazione del proprio interesse qualificato e differenziato - ex art. 24 Cost. - all'ottenimento della documentazione richiesta, che pertanto dovrà essere reciprocamente ed integralmente ostesa, senza limitazioni di sorta.

Ne consegue l'integrale accoglimento di entrambe le istanze di accesso per come introdotte in atti.

Per l'effetto, l'Amministrazione ostenderà la documentazione richiesta dalle parti entro quindici giorni dalla notifica o dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza.

Da ultimo, le spese di lite della fase processuale sin qui gerita possono integralmente compensarsi, tenuto conto della oggettiva novità di approccio alla "questione accesso" di cui alla decisione in concreto adottata.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, Sezione II, definitivamente pronunciando sulle istanze di accesso in atti le accoglie entrambe.

Assegna alla Stazione appaltante quindici giorni per ostendere la documentazione richiesta dalle parti a decorrere dalla notifica o dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza.

Spese compensate.

Conferma l'udienza pubblica del 9.01.2024 per la discussione finale della causa.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 28 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Orazio Ciliberti, Presidente

Alfredo Giuseppe Allegretta, Consigliere, Estensore

Lorenzo Ieva, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Alfredo Giuseppe Allegretta

IL PRESIDENTE
Orazio Ciliberti

IL SEGRETARIO