



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 Lombardia
sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 17 del 2012, proposto da:
Ecosearch Srl, in proprio e come capogruppo dell'ATI costituenda
con Tecnidro Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Alessandro
Longo, Stefano Goretti, Antonio De Angelis, con domicilio eletto
presso Filippo Rondani in Brescia, Via XX Settembre, 66
(Fax=030/3772133);

contro

Consorzio di Bonifica "Colli Morenici del Garda", rappresentato e
difeso dagli avv. Nadia Corà, Guido Paratico, con domicilio eletto
presso T.A.R. Segreteria in Brescia, Via Carlo Zima, 3;

nei confronti di

E.T.G. Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Trebeschi,
Marta Paolini, con domicilio eletto presso Francesco Trebeschi in

Brescia, Via Battaglie, 50;

per l'esercizio del diritto di accesso

MEDIANTE ESTRAZIONE DI COPIA, AGLI ATTI DELLA GARA D'APPALTO PER LA FORNITURA E POSA IN OPERA DI UNA RETE DI TELECONTROLLO SUGLI IMPIANTI CONSORZIALI.

e per l'annullamento

DELLE NOTE 4/11/2011, 30/11/2011 E 2/12/2012, DI DINIEGO SULL'ISTANZA DI OSTENSIONE, SALVA VISIONE PARZIALE.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio di Bonifica "Colli Morenici del Garda" e di E.T.G. Srl;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 marzo 2012 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

FATTO e DIRITTO

Rilevato:

- che l'eccezione di carenza di interesse alla coltivazione del gravame per intervenuta decadenza del termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva deve essere disattesa;
- che anzitutto si fa richiamo della decisione della Corte Giustizia CE

sez. III, 28 gennaio 2010, C406/08, ad avviso della quale il fatto che un candidato o un offerente sia venuto a conoscenza del rigetto della sua candidatura o della sua offerta non gli consente di proporre ricorso in modo efficace, e che informazioni del genere sono insufficienti per permettere al candidato o all'offerente di scoprire l'eventuale esistenza di un'illegittimità impugnabile con ricorso;

- che la Corte ha pertanto affermato che solamente dopo essere venuto a conoscenza dei motivi posti a base dell'atto lesivo, il candidato o l'offerente interessato potrà formarsi un'idea precisa in ordine all'eventuale esistenza di una violazione delle disposizioni in materia di appalti pubblici e sull'opportunità di proporre ricorso;

- che il chiaro richiamo dell'art. 79 del Codice degli appalti alla necessità di comunicare al soggetto non aggiudicatario "caratteristiche e vantaggi dell'offerta selezionata" costituisce un elemento essenziale proprio al fine di permettere di sindacare con completezza le scelte dell'amministrazione, con ciò logicamente facilitando l'eventuale esercizio del diritto di azione giurisdizionale da esercitarsi nel termine abbreviato (Consiglio di Stato, sez. V – 14 dicembre 2011, n. 6543);

- che il concetto di “piena conoscenza” rilevante ai fini del decorso del termine di decadenza, è stato inteso nel senso che non basti la mera notizia della adozione di detto provvedimento e del suo carattere sfavorevole per il destinatario, occorrendo conoscerne il contenuto, per poter valutare se l'atto è illegittimo o meno (Consiglio

di Stato, sez. V – 31 gennaio 2012 n. 467);

- che peraltro non può escludersi a priori che la difesa in giudizio possa essere intrapresa da parte ricorrente sotto altri profili (ad es. mediante proposizione di un'azione risarcitoria autonoma nei confronti dell'amministrazione, in astratto ancora possibile nel termine di cui all'art. 30 del Codice del processo amministrativo);

Evidenziato:

- che non può essere valorizzata neppure l'ulteriore eccezione, poiché la nota del 4/11/2011 non ha in realtà chiarito l'esatto contenuto della consentita visione degli atti, ossia la sottrazione di alcune parti dell'offerta tecnica, mentre la successiva comunicazione del 30/11/2011 è stata impugnata nei termini e soltanto il 2/12/2011 è stata esibita l'offerta economica;

- che, nel merito, il diritto di accesso è ormai pacificamente riconosciuto come diritto soggettivo ad un'informazione qualificata, a fronte del quale l'amministrazione pone in essere un'attività materiale vincolata;

- che l'istanza del richiedente deve essere sorretta da un interesse giuridicamente rilevante, così inteso come un qualsiasi interesse che sia serio, effettivo, autonomo, non emulativo, non riducibile a mera curiosità e ricollegabile all'istante da uno specifico nesso;

Considerato:

- che in ogni caso deve essere garantito l'accesso ai documenti la cui conoscenza sia necessaria per curare o difendere i propri interessi

giuridici, dal momento che il diritto di difesa è garantito a livello costituzionale;

- che è pacifico che la concorrente – in quanto tale – è titolare di una situazione che la legittima ad accedere alla documentazione di gara, all’offerta dell’impresa vincitrice e alle valutazioni della Commissione;

- che, quanto alle eventuali determinazioni che la ricorrente potrebbe assumere a tutela dei propri interessi una volta visionati gli atti del procedimento, si rinvia alla trattazione della prima eccezione in rito;

Ritenuto:

- che, una volta conclusasi la procedura concorsuale, i documenti prodotti dalle ditte partecipanti assumono rilevanza esterna, in quanto la documentazione prodotta ai fini della partecipazione ad una gara di appalto indetta dalla pubblica amministrazione esce dalla sfera esclusiva delle imprese per formare oggetto di valutazione comparativa, essendo versata in un procedimento caratterizzato dai principi di concorsualità e trasparenza (cfr. ex plurimis T.A.R. Lazio Roma, sez. III-ter – 15/7/2011 n. 6385);

- che in buona sostanza, in presenza di una procedura competitiva, la partecipazione alla medesima depotenzia implicitamente il diritto alla riservatezza;

Tenuto conto:

- che la norma invocata dalla controinteressata prevede la necessità di una “motivata e comprovata dichiarazione” a sostegno della

posizione contraria all'ostensione;

- che nella specie tale dichiarazione è stata rassegnata, sostenendo che le scelte tecniche derivano da uno specifico know how e sono attinenti a particolari soluzioni frutto di elaborazioni sviluppate dal proprio personale;

- che in Camera di consiglio il legale della controinteressata ha dichiarato che dette opere dell'ingegno non sono coperte da brevetto;

- che in ogni caso l'art. 13 comma 6 del Codice dei contratti dispone testualmente che "In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettere a) e b) [informazioni racchiuse nelle offerte presentate], è comunque consentito l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso";

- che l'ipotesi descritta ricorre proprio nella vicenda controversa;

- che il Collegio è dell'avviso che – nell'ambito del confronto comparativo – l'integrale conoscenza dell'offerta tecnica è condizione imprescindibile sia per accertare la sua corrispondenza ai dettami tecnici racchiusi nella lex specialis sia per muovere eventuali contestazioni al giudizio espresso dalla Commissione sul pregio della proposta;

- che nella specie l'oscuramento di una porzione consistente di pagine depositate dalla controinteressata preclude alla ricorrente il

compimento della predetta valutazione, mentre al contempo l'ordinamento offre specifici strumenti a tutela delle invenzioni industriali (ad es. registrazioni di marchi e brevetti);

- che tuttavia, in considerazione delle ragioni esposte dalla vincitrice, il Collegio è dell'avviso che la conoscenza piena dell'offerta racchiuda in sé taluni rischi di interferenza con la corretta dinamica concorrenziale nei rapporti tra operatori di uno stesso segmento di mercato;

- che, alla luce di tale rilievo e nel bilanciamento dei contrapposti interessi, la stazione appaltante è tenuta a consentire la sola visione integrale dell'offerta tecnica dell'impresa cointeressata, mentre deve essere respinta la pretesa di una riproduzione fotografica del campione fisico prodotto;

Considerato:

- che in definitiva, nel caso sottoposto all'esame del Collegio, il ricorso è parzialmente fondato e l'interesse sotteso alla pretesa ostensiva risulta degno di apprezzamento nei limiti indicati;

- che le spese di giudizio possono essere compensate, alla luce dell'obiettiva complessità della controversa e della complicata attività di composizione dei contrapposti interessi;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, ordina al Direttore del

Consorzio di Bonifica “Colli Morenici del Garda” di rilasciare alla parte ricorrente la documentazione richiesta nei sensi di cui in motivazione, entro e non oltre il termine di trenta giorni dalla data di comunicazione o di notificazione della presente sentenza.

Spese compensate.

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

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 14 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/03/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

