

N. 06996/2011REG.PROV.COLL.

N. 04830/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4830 del 2011, proposto da: D'Oria Giuseppe & Co. Srl in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale capogruppo mandataria di costituendo Rti , Apulia Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentate e difese dall'avv. Luigi Paccione, con domicilio eletto presso A. Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

contro

Provincia di Barletta Andria Trani, in persona del Presidente p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Michele Didonna, con domicilio eletto presso Gennaro Ermanno Arbia in Roma, Circonvallazione Clodia 80;
Provincia di Bari, in persona del Presidente p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Saverio Profeta, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria N. 2;

nei confronti di

Salvatore Matarrese Spa Capogruppo Mandataria Rti, Rti - Gruppo Massara Spa;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE I n. 00371/2011, resa tra le parti, concernente ISTANZA DI ACCESSO AI DOCUMENTI RELATIVI PROCEDURA DI AFFIDAMENTO LAVORI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Barletta Andria Trani e della Provincia di Bari;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2011 il Cons. Francesca Quadri e uditi per le parti gli avvocati Paccione, Didonna e Profeta, per delega dell'Avv. Misserini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ricorrente ha presentato sia alla Provincia di Barletta- Andria-Trani che a quella di Bari istanza di accesso a documenti concernenti la gara per l'affidamento dei lavori di ammodernamento e allargamento del piano viabile della S.P. 168, compresa copia dell'offerta dell'aggiudicataria e delle giustificazioni da questa rese nel procedimento di verifica dell'anomalia.

Mentre la Provincia di Bari è rimasta inerte, la Provincia BAT ha accolto parzialmente l'istanza, negando l'accesso all'offerta dell'aggiudicataria in considerazione dell'interesse dell'istante ad accedere agli atti concernenti la propria esclusione dalla gara.

Ha proposto ricorso l'interessata per violazione dell'art. 13 del d. lgs. n. 163 del 2006.

Il Tar ha respinto il ricorso, sul rilievo che sono escluse dal diritto d'accesso, ai sensi dell'art. 13, comma 5, lett. a) del d.lgs. n. 163 del 2006, le informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito dell'offerta ovvero a giustificazione della medesima, che costituiscono, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali e che l'interesse all'accesso della ricorrente deve ritenersi circoscritto agli atti con cui la propria offerta è stata esclusa in quanto ritenuta "inaffidabile nel suo complesso".

Ha proposto appello l'interessata, assumendo la violazione dell'art. 13 d. lgs. n. 163 del 2006 in considerazione del proprio interesse a conoscere l'offerta della aggiudicataria per verificare l'applicazione omogenea dei criteri omogenei in sede di verifica della congruità delle offerte.

Si sono costituite la Provincia di Barletta – Andria – Trani e la Provincia di Bari per resistere al ricorso.

Alla camera di consiglio del 25 ottobre 2011 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Si può prescindere dall'esame delle eccezioni di rito proposte dalla Provincia di Bari data l'infondatezza dell'appello.

L'art. 13, comma 5 lett. a) del d. lgs. n. 163 del 2006 costituisce un'ipotesi di speciale deroga rispetto alla disciplina di cui alla legge n. 241 del 1990, da applicare esclusivamente nei casi in cui l'accesso sia inibito in ragione della tutela di segreti tecnici o commerciali motivatamente evidenziati dall'offerente in sede di presentazione dell'offerta (Cons. St. Sez. VI, 30.7.2010 n. 5062, 19.10.2009, n. 6393).L'ampliamento del segreto trova un limite , tuttavia, ai sensi del comma 6, in vista della difesa in giudizio degli interessi del richiedente in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito del quale viene formulata l'istanza di accesso.

Come già osservato (Cons. St. Sez. V, 9.12.2008, n. 6121), l'accesso eccezionalmente consentito è strettamente collegato alla sola esigenza di difesa in giudizio, presuppone un accurato controllo in ordine alla effettiva utilità della documentazione richiesta, alla stregua di una prova di resistenza, e non può prescindere dalle eventuali preclusioni processuali in cui sia incorso il richiedente.

Nella specie, assodato che l'aggiudicataria aveva vietato di esibire i rapporti di prova afferenti alla propria offerta tecnica in quanto coperti da segreto commerciale, non sussisteva, in effetti, un interesse dell'istante attinente alla difesa nel giudizio avverso l'aggiudicazione alla controinteressata, posto che la sua offerta era stata esclusa in quanto "*inaffidabile nel suo complesso (art. 88 comma 7)*".

Negli stessi termini, peraltro, si è pronunciato lo stesso Tar barese (sent.1203/2011) riconoscendo la legittimità dell'esclusione dalla gara dell'A.T.I. D'Oria.

In mancanza, pertanto, di un interesse dell'istante da far valere in sede processuale, data la legittima esclusione della propria offerta, è da confermare la sentenza di primo grado nel senso dell'insussistenza di una effettiva utilità della documentazione richiesta tale da superare il divieto di divulgazione dell'offerta della controinteressata in relazione ai segreti commerciali ivi contenuti.

L'appello va pertanto respinto.

La peculiarità della controversia induce tuttavia il Collegio a disporre la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza di primo grado.

Spese compensate .

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/12/2011

IL SEGRETARIO

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