

N. 06083/2018REG.PROV.COLL.
N. 05030/2017 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5030 del 2017, proposto da:
Euro & Promos Laundry S r l, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Paviotti, con domicilio eletto presso il
suo studio in Roma, via Canina N. 6;

contro

Azienda Pubblica di Servizi alla persona Casa per anziani, non costituita in
giudizio;

nei confronti

Servizi Italia Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dagli avvocati Ermes Coffrini, Marcello Coffrini, Massimo Colarizi, con
domicilio eletto presso lo studio Massimo Colarizi in Roma, viale Bruno Buozzi
87;

SO.GE.SI Spa, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. FRIULI VENEZIA GIULIA - TRIESTE:
SEZIONE I n. 00214/2017, resa tra le parti, con la quale è stato accolto il ricorso
proposto da Servizi Italia Spa per l'accesso agli atti della gara bandita dall'Azienda
Pubblica di Servizi alla Persona Casa per Anziani di Cividale del Friuli per

l'aggiudicazione del servizio di noleggio, lavaggio, asciugatura, stiratura e piegatura di biancheria piana e sanitaria prodotta dall'Azienda Pubblica di Servizi alla Persona "Casa per Anziani" di Cividale del Friuli (quadriennio 1 aprile 2017 – 31 marzo 2021 – CIG: 6791384B5C), per un importo complessivo per il quadriennio di € 527.468,00, IVA esclusa.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Servizi Italia Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 gennaio 2018 il Cons. Lydia Ada Orsola Spiezia e uditi per le parti gli avvocati Luca De Pauli su delega di Roberto Paviotti e Massimo Colarizi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.La Servizi Italia spa, con sede a Castellina di Soragna (PR), partecipava nel 2017 alla pubblica gara, indetta (in applicazione dell'art.32 del D.LGS. n.50/2016) dall'Azienda Pubblica di Servizi alla persona Casa per Anziani di Cividale del Friuli per l'affidamento del servizio di noleggio, lavaggio, asciugatura. Stiratura e piegatura di biancheria piana e sanitaria, per un importo complessivo di euro 527.468,00 per il quadriennio 1 aprile 2017 – 31 marzo 2021.

La gara è stata aggiudicata con determinazione della stazione appaltante 8 marzo 2017, n.90, alla srl Euro & Promos Laundry, prima classificata in graduatoria con un punteggio totale di 84,41 punti, di cui 54,41 attribuiti per gli aspetti qualitativi dell'offerta tecnica e 30 per l'offerta economica; al secondo posto si classificava

SO.GE.SI con complessivi punti 55,04 (di cui 29,51 assegnati all'offerta tecnica e 25,53 all'offerta economica), mentre al terzo posto si classificava l'offerta di Servizi Italia spa, con punti complessivi 51,15, di cui 24,42 assegnati all'offerta tecnica e 26,73 a quella economica.

1.1.Pertanto la Servizi Italia spa (afferмата impresa nel settore del lavanolo), al fine di verificare la correttezza del punteggio assegnato all'offerta tecnica dell'aggiudicataria, con istanza di accesso 10 marzo 2017 chiese copia della documentazione e dell'offerta completa presentata dall'aggiudicataria, nonché della eventuale documentazione presentata dalla medesima a giustificazione dell'offerta anomala, unitamente ai verbali della commissione di gara e ad altri documenti sulla procedura di gara.

1.2.Preso atto che Euro & Promos non aveva consentito “né la visione né l'estrazione di copia del progetto in quanto tutelato da segreto tecnico ed industriale”, la stazione appaltante respingeva l'istanza di accesso.

1.3.Avverso tale diniego la Servizi Italia spa (oltre ad impugnare l'esito della gara con ricorso R.G. 119/2017) proponeva ricorso al TAR Friuli Venezia Giulia per far riconoscere il proprio diritto all'accesso alla suddetta documentazione, deducendo l'illegittimità del diniego impugnato per violazione della legge n.241/1990, art.22 e seguenti, nonché l'illogicità, il travisamento dei fatti ed i falsi presupposti.

1.4.Si sono costituite nel giudizio innanzi al TAR Friuli Venezia Giulia la stazione appaltante, l'aggiudicataria e la seconda classificata e, tra esse, la stazione appaltante e la seconda classificata hanno eccepito (tra l'altro) l'inammissibilità del ricorso per l'accesso agli atti, sia (stazione appaltante) in quanto distinto dall'impugnazione della delibera di aggiudicazione sia (seconda classificata) in quanto l'interessata non avrebbe dedotto “alcun specifico motivo a supporto della sua domanda ad accedere anche all'offerta di un concorrente non aggiudicatario”, mentre

L'aggiudicataria depositava in giudizio, dapprima, una copia dell'offerta tecnica con molte parti oscurate e poi (a seguito di chiarimenti richiesti dal giudice di primo grado sulla necessità di oscurare tante parti dell'offerta tecnica) una nuova copia della medesima, in cui restavano oscurati solo i dati compresi nel capitolo 3.1 "modalità con cui viene svolto il controllo qualitativo del lavaggio della biancheria" ed, in parte qua, quelli compresi nel capitolo 4 "migliorie"(limitatamente ai dati sugli acquisti degli specifici hardware e dei software compiuti per svolgere il servizio in gara), indicati come coperti da segreto commerciale.

1.5. Con sentenza n.214/2017 (pubblicata il 14 giugno 2017) il TAR Friuli Venezia Giulia ha accolto il ricorso, dichiarando l'obbligo della stazione appaltante di concedere alla ricorrente (entro giorni 20 dalla comunicazione via pec della pronuncia) l'accesso agli atti richiesti con la istanza del 20 marzo 2017 (spese liquidate nell'importo di euro 1.000,00 a carico di ciascuna delle soccombenti).

In particolare il TAR affermava che, nel caso di specie, oltre alla mancata prova della sussistenza del segreto commerciale prospettato dalla aggiudicataria, "non può dubitarsi che la richiesta di accesso formulata da parte ricorrente risulti proposta ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto, valutazione che va fatta, oltretutto, ex ante e con riferimento alle prospettazioni di parte ricorrente, e non con riferimento ad un preteso anticipato giudizio sulle possibilità di accoglimento del ricorso".

1.6. Avverso la sentenza del giudice di primo grado (non notificata) l'aggiudicataria (Euro & Promos Laundry srl) ha proposto l'appello in epigrafe (notificato alle controparti in data 30 giugno 2017), chiedendone la riforma, previa sospensione, per violazione degli artt.1,2 e 26 cpa, degli artt.88, 91, 94 e 96 cpc e dell'art 53 D.LGS. n.50/2016, nonché per omessa declaratoria di inammissibilità del ricorso di primo grado (con riferimento alla mancata prova di resistenza), violazione

dell'onere della prova, errore di fatto e travisamento (dedotti con tre articolati motivi).

Infine in subordine l'appellante, in presenza di dubbi sulla interpretazione della DIR CE 24/2014, art 21, della DIR 25/2014, art 39 e della DIR.23/2014, art.28 (in relazione alle previsioni della legge 241/1990, art.24, e del D.LGS.n.50/2016, art. 53) ha formulato istanza di rinvio pregiudiziale alla CGUE, cui dovrebbero essere sottoposte due questioni pregiudiziali specificamente esposte.

1.7. Né la stazione appaltante né SO.GE.SI, (seconda classificata) si sono costituite in questo giudizio di secondo grado, nonostante siano state ritualmente intimare.

1.8.Si è costituita in giudizio in data 15 luglio 2017 la Servizi Italia spa, che ha chiesto il rigetto dell'appello.

Con memoria del 1 settembre 2017 l'appellata ha insistito per il rigetto dell'istanza cautelare, segnalando che, nelle more, la stazione appaltante, comunque, aveva evitato di dare esecuzione alla sentenza di primo grado.

Con memoria di replica del 5 settembre 2017 l'appellante ha insistito per la pronuncia cautelare, rilevando che l'eventuale rigetto dell'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata priverebbe (a suo dire) di ogni utilità la pronuncia sul merito dell'appello, nonché sottolineando che l'onere della prova non graverebbe su chi è destinatario dell'istanza di accesso, ma su chi la propone.

1.9.Con ordinanza cautelare n. 3686/2017 la sezione, accogliendo l'istanza cautelare, ha sospeso l'esecutività della sentenza impugnata (che aveva disposto l'accesso entro giorni 20 dalla comunicazione via pec della medesima), riaffermando il principio che l'onere della prova incombe su chi agisce in giudizio e che, nel caso di specie, il ricorrente in primo grado non avrebbe provato la sussistenza del necessario rapporto di strumentalità tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure dedotte dal richiedente.

1.9.1. Con successive memorie, in vista della trattazione della causa nel merito, ciascuna delle due parti costituite ha illustrato con ulteriori argomentazioni la propria posizione ed ha replicato alla controparte; pertanto l'aggiudicataria appellante ha insistito per l'accoglimento dell'appello, mentre l'appellata (vittoriosa in primo grado) ha insistito per il rigetto dell'appello medesimo.

Alla camera di consiglio del 25 gennaio 2018, uditi i difensori presenti per le parti, la causa è passata in decisione.

2. Quanto sopra premesso in fatto, in diritto l'appellante aggiudicataria censura la sentenza di primo grado nella parte in cui, premesso che (come regola generale) la nuova disciplina introdotta dal D.LGS.n.50/2016, art.53, ha riconosciuto la preminenza del cd "accesso difensivo" "ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto", poi, nel caso specifico, precisa che "oltre a doversi evidenziare, come l'invocato segreto commerciale non risulti provato, non può dubitarsi che la richiesta di accesso formulata da parte ricorrente risulti proposta ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto".

2.1. Il ragionamento fatto dal giudice di primo grado non appare condivisibile.

Quanto alla portata della nuova disciplina ex D.LGS.n.50/2016 in tema di diritto all'accesso alle offerte nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, la recente giurisprudenza ha avuto modo di osservare (vedi CdS, sez.III, n.1213/2017, citata dalla stessa appellata) che, in via di principio, *"Un punto di equilibrio tra esigenze di riservatezza e trasparenza nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica finalizzata alla stipula di contratti di appalto si rinviene nella disciplina di settore dettata dal dlgs 50/2016, la quale fa prevalere le ovvie esigenze di riservatezza degli offerenti durante la competizione, prevedendo un vero e proprio divieto di divulgazione, salvo ripristinare la fisiologica dinamica dell'accesso a procedura conclusa, con espressa eccezione per "le informazioni fornite nell'ambito*

dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali".

Inoltre questo giudice di appello ha precisato che (vedi CdS. Sez.V.1692/2017) *“Lo strumento attraverso il quale contemperare in concreto la contrapposizione di interessi innanzi detta è costituito - ad avviso del Collegio - dal parametro della "stretta indispensabilità" di cui all'art. 24, co. 7, secondo periodo, della l.n. 241/1990 giacché esso è quello che, proprio a livello legislativo, viene contemplato come idoneo a giustificare la prevalenza dell'interesse di una parte - mossa dall'esigenza di "curare o difendere propri interessi giuridici" - rispetto all'interesse di un'altra parte, altrettanto mossa dall'esigenza di "curare o difendere propri interessi giuridici" legati ai dati sensibili che la riguardano e che possono essere contenuti nella documentazione chiesta in sede di accesso”.*

2.2.Pertanto, alla luce dei riportati principi generali, in primo luogo (come già rappresentato da questa Sezione nell'ordinanza cautelare n.3686/2017), nel caso di specie, nel quadro del bilanciamento tra il diritto alla tutela dei segreti industriali ed il diritto all'esercizio del c.d. “accesso difensivo” (ai documenti della gara cui l'impresa richiedente l'accesso ha partecipato), risulta necessario l'accertamento dell'eventuale nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate.

Sotto diverso, ma speculare aspetto, inoltre, l'onere della prova del suddetto nesso di strumentalità incombe, secondo i principi generali del processo, su chi agisce.

2.2.1.In particolare il Collegio, pur volendo tener conto del fatto che l'art.53 del D.LGS. n.50/2016 (nelle procedure ad evidenza pubblica) consente l'accesso al concorrente che lo chieda per la difesa in giudizio dei propri interessi, tuttavia non ritiene condivisibile l'iter argomentativo del giudice di primo grado con specifico riferimento sia alla mancata verifica della sussistenza in capo alla istante ricorrente dell'interesse a ricorrere (almeno mediante l'esito positivo della cd “prova di resistenza”) sia alla circostanza che, di fatto, l'onere della prova risulta posto a

carico dell'aggiudicataria, avendo la sentenza impugnata evidenziato come "l'invocato segreto commerciale non risulti provato".

2.3. Infatti (ad avviso del Collegio) il rispetto della disciplina di cui al citato art.53 del D.LGS. n.50/2016 in relazione all'interesse a ricorrere (di cui all'art.35 cpa ed all'art.100 cpc) avrebbe comportato un accurato controllo in ordine alla effettiva utilità della documentazione richiesta ed, in conseguenza, il necessario preliminare espletamento della cd prova di resistenza nei confronti dell'offerta della ricorrente, 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.

2.4. In particolare, ove in primo grado fosse stata esperita la prova di resistenza, sarebbe emerso che Servizi Italia srl, terza in graduatoria, non avrebbe, comunque, conseguito il primo posto in graduatoria, neanche se alla sua offerta fossero stati assegnati i 15 punti previsti nel capitolato tecnico per gli unici due aspetti dell'offerta tecnica (controllo qualitativo del lavaggio biancheria e miglorie, limitatamente alla utilizzazione di strumentazione hardware e software nello svolgimento del servizio) che l'aggiudicataria ha ritenuto di escludere dalla esibizione per tutelare procedure tecniche coperte da segreto industriale.

2.5. Infatti, anche ove i 15 punti previsti per tali aspetti del servizio (5 per il controllo e 10 per le miglorie al servizio) fossero integralmente aggiunti al punteggio tecnico ottenuto dalla ricorrente per queste voci (al posto di punti 0,31 ottenuti per i controlli e 0 punti ottenuti per le miglorie), avrebbero portato la ricorrente ad un punteggio complessivo di punti 39,11 (cioè al secondo posto in graduatoria), mentre l'appellante avrebbe mantenuto il primo posto in classifica con punti totali 39,53, anche se le fossero sottratti i punti ottenuti per le due voci in questione (cioè punti 1,88 per il controllo e punti 10 per le miglorie), che,

unitamente agli altri punteggi della offerta tecnica (ed ai 30 punti, miglior offerta economica) le hanno consentito di aggiudicarsi la gara con il punteggio complessivo di punti 84,41 di cui 54,41 per l'offerta tecnica e 30 per l'offerta economica (cioè la miglior offerta sia tecnica che economica).

2.5.1. Appare, pertanto, evidente, che, quanto alla istanza di accesso formulata dalla Servizi Italia srl, non sussiste il necessario nesso strumentale tra la documentazione integrale dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria, cui la concorrente ha chiesto di accedere, e la difesa delle proprie pretese ad un miglior punteggio, visto che la eventuale assegnazione dell'ipotetico ulteriore punteggio, comunque, non le consentirebbe di divenire aggiudicataria.

2.5.2. Né giova all'appellata citare ampiamente alcune pronunce di questo giudice di appello, che affermerebbero il favore del legislatore per l'accesso ai documenti per fini difensivi anche nel caso di procedure ad evidenza pubblica e di segreti tecnici contenuti nell'offerta tecnica (vedi CdS n.4724/2017 - CdS n.1213/2017- CdS n.3431/2016): infatti la prima e la terza pronuncia affermano la prevalenza dell'accesso sulla tutela del segreto industriale soltanto per consentire alla impresa concorrente, classificatasi al secondo posto, la "difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto", mentre, in realtà, tale principio ha già trovato applicazione nel caso di specie, in quanto (come vedremo anche innanzi) l'aggiudicataria ha messo a disposizione dell'appellata l'offerta tecnica nella versione quasi integrale, oscurando soltanto due profili non aventi caratteristiche essenziali ai fini della gara; inoltre la seconda pronuncia (richiamata anche dall'appellante) non sembra favorevole all'appellata, in quanto la medesima sottolinea che "nessuna esigenza di riservatezza potrà essere tale da sottrarre all'accesso i dati economici che non siano così inestricabilmente avvinti a quelli tecnici da costituire parte di un segreto industriale"(CdS n.1213/2017), confermando, quindi, che la sussistenza di un segreto tecnico o commerciale, cioè

di un *quid pluris* rispetto alla mera “riservatezza” della documentazione oggetto dell’accesso, è idonea ad escludere, ove motivata e comprovata, l’esercizio del diritto di accesso.

2.6. Inoltre, sempre in tema di utilità di accesso ai fini difensivi, parte appellata asserisce (nella memoria di costituzione) che la conoscenza dei due paragrafi oscurati dell’offerta dell’appellante e l’eventuale ipotesi di assegnazione alla propria offerta tecnica dei punteggi previsti per quelle voci, portandola, in ipotesi, al secondo posto (a scapito di SO.GE.SI), le sarebbe, comunque, stata utile per comprovare la sussistenza dell’interesse (quale seconda classificata) a dedurre l’anomalia dell’offerta economica dell’impresa aggiudicataria.

2.6.1. L’assunto non è condivisibile.

Infatti l’interesse all’accesso ai detti profili oscurati dell’offerta tecnica in questione non appare diretto e concreto rispetto alle censure dedotte per far valere l’anomalia dell’offerta economica vincitrice, atteso che solo in via indiretta (cioè previa eventuale migliore valutazione della propria offerta qualitativa), e non certo nell’attualità, in capo all’appellata, divenuta ipotetica seconda in classifica, si perfezionerebbe la sussistenza dell’interesse a far annullare l’aggiudicazione per anomalia dell’offerta economica dell’aggiudicataria.

2.7. Va aggiunto, peraltro, che la terza classificata, conoscendo gran parte dell’offerta dell’aggiudicataria (depositata nel corso del giudizio di primo grado), non era ostacolata nell’esercizio del suo diritto di difesa: infatti nel coevo ricorso RG 719/2017 (proposto innanzi allo stesso TAR per l’annullamento della delibera n.90/2017 che aggiudicava la gara in questione alla prima classificata), avrebbe, comunque, potuto esercitare il diritto di difesa, in quanto dai verbali di gara avrebbe rilevato anche i singoli punteggi assegnati dalla commissione alla propria offerta in applicazione dei vari subcriteri stabiliti dal capitolato.

2.8. Per ragioni analoghe, inoltre, appare evidente che l'appellata, anche prima di conoscere l'offerta tecnica integrale dell'aggiudicataria, era in grado, comunque, di formulare censure puntuali sulla inadeguata valutazione degli aspetti qualitativi della propria offerta, salva poi la presentazione di motivi aggiunti con i quali avrebbe potuto contestare i migliori punteggi assegnati all'aggiudicataria, una volta conosciuta in giudizio, o a seguito dell'autonomo accesso, l'offerta della medesima.

2.9. Inoltre, sotto diverso autonomo aspetto, la sentenza di primo grado non risulta condivisibile neanche laddove afferma che è necessario “doversi evidenziare come l'invocato segreto commerciale non risulti provato”.

Va, infatti, rilevato che anche in materia di accesso agli atti va applicato il principio che l'onere della prova incombe su chi agisce per ottenere l'accesso agli atti e non può essere ribaltato sul soggetto che si oppone all'accesso con espresso riferimento alla esigenza di tutelare la conoscenza di procedimenti tecnici particolari, i cd *know how*, cioè i segreti di produzione, che consentono all'azienda che li possiede di ottenere prestazioni particolari o risultati qualitativamente elevati (come definito dalla Direttiva UE 2016/943, art.2).

2.9.1. In questo caso l'appellante fa presente di aver dato, in primo grado, adeguate spiegazioni e giustificazioni sulla propria esigenza di tutelare la riservatezza, almeno, su due aspetti dell'offerta tecnica, facendo riferimento, quanto alla voce “controllo qualitativo del lavaggio della biancheria” (cap. 3.1), all'applicazione (da parte dell'aggiudicataria) di metodologie innovative nell'esecuzione del servizio, che viene svolto avvalendosi di avanzati sistemi tecnologici selezionati dopo accurate verifiche, nonché, quanto alla voce “migliorie”, alla acquisita disponibilità di strumentazioni hardware e programmi software, destinati allo svolgimento del servizio e che, essendo nell'offerta analiticamente indicati con le specifiche denominazioni, costituiscono un patrimonio di abilità aziendale meritevole di

tutela, che, invece, sarebbe conosciuto, senza valide ragioni, dalla ricorrente, impresa concorrente in quanto affermata azienda nel settore “lavanolo”.

2.9.2. D'altra parte non è ragionevole accollare all'impresa appellante l'onere di fornire dettagliati particolari tecnici sui due aspetti qualitativi da mantenere riservati (al fine di giustificare tale necessità), essendo evidente che, in tal modo, l'impresa, in maniera contraddittoria, sarebbe costretta a compromettere essa stessa la prospettata necessaria riservatezza nei confronti delle imprese concorrenti del settore.

2.10. La fondatezza, nei sensi esposti, delle censure dedotte avverso la sentenza impugnata consente al Collegio di non esaminare la domanda di rinvio pregiudiziale alla CGUE della specifica questione interpretativa sopra riportata, in quanto formulata dall'appellante solo in via subordinata rispetto alla domanda di riforma della sentenza di primo grado.

3. Alla luce delle esposte considerazioni, quindi, l'appello va accolto nei sensi sopraesposti e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, per quanto di interesse dell'appellata, il ricorso di primo grado va respinto.

Sussistono giuste ragioni per compensare integralmente tra le parti le spese di lite di entrambi i gradi di giudizio, considerato che la controversia concerne l'applicazione della nuova disciplina, recentemente introdotta in materia di accesso alla documentazione presentata dalle imprese partecipanti alle gare ad evidenza pubblica.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) accoglie l'appello in epigrafe nei sensi di cui in motivazione e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata per quanto di interesse dell'appellante, respinge il ricorso di primo grado.

Spese di entrambi i gradi di giudizio compensate tra le parti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 gennaio 2018 con
l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere, Estensore

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giorgio Calderoni, Consigliere

L'ESTENSORE
Lydia Ada Orsola Spiezia

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO