

Pubblicato il 14/01/2019
N. 00049/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00754/2018 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia
(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 754 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Agfa Gevaert s.p.a., in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo RTI Agfa Gevaert s.p.a. - Medas s.r.l. - LUTECH s.p.a. - G.P.I. s.p.a. - KPMG Advisory s.p.a. - Medas s.r.l., Lutech s.p.a., KPMG Advisory s.p.a., GPI s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Gianluca Piccinni, Stefano Vinti e Dario Capotorto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Gianluca Piccinni in Roma, via Belli, 39;

contro

Innovapuglia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Michele Dionigi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via Fornari, 15/A;
Regione Puglia, non costituita in giudizio;

nei confronti

Exprivia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Gattamelata, Francesca Romana Feleppa e Angelo Lanno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Angelo Lanno in Bari, via San Francesco D'Assisi, n. 15;

per l'annullamento,

previa concessione delle opportune misure cautelari,

- della deliberazione del C.d.A., verbale n. 11 del 23.4.2018 con la quale è stata aggiudicata in via definitiva, in favore di Exprivia s.p.a., la procedura aperta per la fornitura di prodotti e servizi per la realizzazione del sistema informativo regionale per la diagnostica per immagini, comunicata con nota prot. n. 180514010 da parte del Direttore Generale di Innovapuglia a mezzo pec in data 15.5.2018;
- dei verbali di gara, con i quali è stata ammessa e utilmente valutata l'offerta del RTI Exprivia Healthcare It s.r.l. (ora Exprivia spa) sia delle sedute pubbliche, sia delle sedute riservate (tutti i verbali dal n. 1 al n. 40), nonché tutti i verbali del subprocedimento di anomalia e dei verbali di contraddittorio per offerta anomala, tra cui il verbale di contraddittorio per offerta anomala del 4.9.2017 nonché delle graduatorie provvisoria e definitiva;
- della verifica di anomalia e del relativo giudizio di congruità;
- dei giustificativi integrali presentati da Exprivia, non conosciuti, ritenuti idonei ai fini della valutazione della congruità dell'offerta;
- di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale non conosciuto, ivi inclusi tutti gli atti relativi alla comprova e l'eventuale dichiarazione di efficacia dell'aggiudicazione definitiva; nonché per la declaratoria di nullità, invalidità ed inefficacia del contratto eventualmente stipulato e per il conseguimento dell'aggiudicazione con subentro nel servizio e nel contratto, ovvero per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente monetario;

nonché per l'annullamento, ai sensi dell'art. 116 cod. proc. amm.,

- del provvedimento implicito con cui Innovapuglia ha negato l'accesso integrale alla documentazione relativa alla offerta della Exprivia s.p.a., oscurando parti del progetto tecnico e parte della relazione giustificativa dell'anomalia di Exprivia del 2.3.2017 (da pag. 5 a 11) e omettendo di rilasciare copia firmata digitalmente dei giustificativi prodotti dalla ditta Exprivia in data 13.7.2017 con i relativi allegati, copia conforme all'originale parere espresso dal consulente esterno incaricato dal Rup all'interno del procedimento di anomalia e che risulta espressamente richiamato nel verbale n. 34 del 5.7.2017 della Commissione nonché i provvedimenti di verifica adottati dalla stazione appaltante in merito al possesso dei requisiti di gara da parte di Exprivia a seguito dell'incorporazione avvenuta dopo lo scioglimento della Commissione;

- di ogni altro provvedimento e/o comportamento presupposto, connesso e/o conseguente, se ed in quanto lesivo degli interessi della ricorrente, con particolare riferimento al silenzio rifiuto formatosi sulla istanza del 24.5.2018 e sulla successiva istanza del 29.5.2018;

nonché per la declaratoria e l'accertamento

1) della fondatezza delle istanze di accesso agli atti del 24.5.2018 - 29.5.2018 e del diritto della ricorrente alla ostensione (visione ed estrazione copia) di tutta la documentazione relativa alla offerta di Exprivia firmata digitalmente, ivi incluse le parti del progetto tecnico oscurate, i pareri, le verifiche compiute dalla stazione appaltante e i giustificativi integrali;

2) del conseguente diritto del RTI ricorrente all'accesso agli stessi atti, ai sensi degli artt. 22 e ss. legge n. 241/1990 e dell'art. 13, comma 5 dlgs n. 163/2006;

sul ricorso per motivi aggiunti depositato in data 24 luglio 2018, per l'annullamento

- di tutti gli atti già impugnati con il ricorso:

- della deliberazione del C.d.A., verbale n. 11 del 23.4.2018 con la quale è stata aggiudicata in via definitiva, in favore di Exprivia s.p.a., la procedura aperta per la fornitura di prodotti e servizi per la realizzazione del sistema informativo regionale per la diagnostica per immagini, comunicata con nota prot. n. 180514010 da parte del Direttore Generale di Innovapuglia a mezzo pec in data 15.5.2018;

- dei verbali di gara, con i quali è stata ammessa e utilmente valutata l'offerta del RTI Exprivia Healthcare It s.r.l. (ora Exprivia spa) sia delle sedute pubbliche, sia delle sedute riservate (tutti i verbali dal n. 1 al n. 40), nonché tutti i verbali del subprocedimento di anomalia e dei verbali di contraddittorio per offerta anomala, tra cui il verbale di contraddittorio per offerta anomala del 4.9.2017 nonché delle graduatorie provvisoria e definitiva;

- della verifica di anomalia e del relativo giudizio di congruità;

- di tutti giustificativi presentati da Exprivia e depositati in giudizio da Innovapuglia, ritenuti dalla Commissione idonei ai fini della valutazione della congruità dell'offerta, nonché della relativa offerta tecnica ed economica di Exprivia con tutti gli allegati;

- di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale non conosciuto, ivi inclusi tutti gli atti relativi alla comprova e l'eventuale dichiarazione di efficacia dell'aggiudicazione definitiva; nonché per la declaratoria di nullità, invalidità ed inefficacia del contratto eventualmente stipulato e per il conseguimento dell'aggiudicazione con subentro nel servizio e nel contratto, ovvero per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente monetario;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Innovapuglia s.p.a. e di Exprivia s.p.a.;

Relatore il dott. Francesco Cocomile e uditi nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2018 per le parti i difensori come da verbale di udienza;

Rilevato quanto segue:

1. - Con istanze del 24.5.2018 e del 29.5.2018 l'odierna ricorrente Agfa Gevaert s.p.a. chiedeva alla stazione appaltante Innovapuglia s.p.a. l'accesso integrale alla documentazione di gara riguardante

la controinteressata Exprivia.

Con domanda *ex art.* 116, comma 2 cod. proc. amm., cumulativamente formulata in uno al ricorso introduttivo (cfr. pag. 2 e 27 e ss.), Agfa Gevaert s.p.a. impugnava “il provvedimento implicito” con cui Innovapuglia negava l’accesso integrale invocato con le citate istanze, deducendo la violazione degli artt. 13 dlgs n. 163/2006 e 22 e ss. legge n. 241/1990.

Successivamente la documentazione veniva esibita in modo parziale e ciò comunque consentiva ad Agfa di proporre motivi aggiunti.

Nel corso dell’udienza pubblica del 6.12.2018 il difensore di parte ricorrente, rilevata detta ultima circostanza stante l’esistenza di molte parti oscurate, insisteva per l’accesso integrale alla suddetta documentazione.

2. - Ciò premesso, ritiene questo Collegio che le richieste istruttorie della società istante debbano essere accolte.

3. - Invero, il diritto di accesso alla documentazione amministrativa relativa ad una gara di appalto è specificamente regolamentato dall’art. 13 dlgs n. 163/2006 (*ratione temporis* applicabile alla gara *de qua*; cfr. altresì art. 53 dlgs n. 50/2016 di analogo tenore), il cui comma 6 così dispone: “In relazione all’ipotesi di cui al comma 5, lettere a) e b), 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.”.

Detta disposizione (art. 13, comma 6 dlgs n. 163/2006) è espressamente richiamata dall’art. 5.3 (pagg. 16 e 17) del disciplinare di gara in ipotesi (ricorrente nel caso di specie) di accesso “difensivo”. E’ evidente che l’accesso di cui alle disposizioni citate deve consentire anche l’estrazione di copia senza alcuna limitazione.

Nella vicenda in esame le istanze di accesso e l’istanza istruttoria *ex art.* 116, comma 2 cod. proc. amm. sono state formulate da Agfa Gevaert s.p.a. quale partecipante alla procedura di gara per cui è causa, e quindi da un “concorrente” *ex art.* 13, comma 6 dlgs n. 163/2006.

In forza della citata disposizione l’accesso agli atti di gara è “comunque” (*i.e.* anche laddove sia stato legittimamente opposto un segreto tecnico o commerciale ai sensi dell’art. 13, comma 5, lett. a) e b) dlgs n. 163/2006) consentito al solo concorrente che abbia partecipato alla selezione, purché la documentazione richiesta sia effettivamente funzionale alla difesa dei diritti del richiedente.

Il diritto di accesso agli atti di una gara di appalto deve essere riconosciuto anche quando vi è l’opposizione - come avvenuto nella fattispecie concreta oggetto di giudizio - di altri partecipanti controinteressati per la tutela di segreti tecnici e commerciali, in quanto esso è prevalente rispetto all’esigenza di riservatezza o di segretezza.

Peraltro, la partecipazione alle gare di appalto pubbliche comporta l’accettazione implicita da parte del concorrente delle regole di trasparenza ed imparzialità che caratterizzano la selezione, fermo restando l’obbligo tassativo per il richiedente l’accesso di utilizzare i documenti acquisiti esclusivamente per la cura e la difesa dei propri interessi giuridici.

Vi è, in altri termini, nella decisione di un’impresa di partecipare a gare di appalto pubbliche una inevitabile accettazione del rischio di divulgazione del segreto industriale o commerciale, ove quest’ultimo sia impiegato allo scopo di acquisire un vantaggio competitivo all’interno di una gara pubblica, proprio in dipendenza dei caratteri di pubblicità e trasparenza che assistono quest’ultima. Va, altresì, evidenziato che il comma 6 dell’art. 13 dlgs n. 163/2006 (in tema di accesso agli atti di gara) non si pone in contrasto con l’art. 6 direttiva n. 2004/18 (di cui la citata norma interna costituisce attuazione), disposizione quest’ultima che assegna netta prevalenza alla tutela della riservatezza.

Invero, la norma europea da ultimo citata fa comunque salva la legislazione nazionale cui è soggetta l’amministrazione aggiudicatrice.

Peraltro, detta salvezza della legislazione nazionale cui è soggetta l’amministrazione aggiudicatrice è contemplata in modo ancora più esplicito dall’art. 21 direttiva 2014/24/UE (corrispondente al precedente art. 6 direttiva n. 2004/18) ove si fa espresso riferimento “in particolare” alla

“legislazione nazionale riguardante l’accesso alle informazioni”.

Pertanto, si deve ritenere pienamente legittimo - sul piano della compatibilità con il diritto dell’Unione europea - l’intervento dello Stato membro finalizzato ad attribuire prevalenza all’accesso (peraltro nel caso di specie qualificato dalle esigenze “difensive”) rispetto alla tutela del segreto (tecnico o commerciale), come avvenuto appunto nel caso della legislazione italiana del 2006 (comma 6 dell’art. 13 dlgs n. 163/2006); analoga prevalenza è parimenti riscontrabile nella previsione di cui all’art. 53, comma 6 dlgs n. 50/2016.

L’accesso alla documentazione richiesta risulta funzionale alla difesa dei diritti della ricorrente Agfa poiché l’esibizione integrale di detta documentazione (senza parti oscurate) potrebbe consentire alla stessa istante la proposizione di ulteriori motivi aggiunti nell’ambito del presente giudizio.

La società ha interesse - come rimarcato nella istanza istruttoria - a conoscere (attraverso l’esibizione) il contenuto di tutta l’offerta tecnica (busta tecnica) e delle giustificazioni del RTI Exprivia senza omissis, tenuto conto del fatto che la esibizione parziale dell’intera documentazione tecnica certamente non può consentire la ponderata predisposizione di una linea difensiva finalizzata alla formulazione di eventuali motivi aggiunti.

Pertanto, parte ricorrente è titolare di un interesse diretto, attuale e concreto (*ex artt.* 22, comma 1, lett. b) legge n. 241/1990 e 2, comma 1 d.p.r. n. 184/2006) all’accesso pieno all’offerta tecnica di Exprivia ed alla documentazione richiamata nelle istanze del 24.5.2018 e del 29.5.2018, in vista della (*rectius* strumentale alla) tutela in giudizio della proprie posizioni giuridiche soggettive (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 28 luglio 2016, n. 3431: “... , se è vero che il diritto di accesso deve essere più propriamente definito quale “potere di natura procedimentale volto in senso strumentale alla tutela di un interesse giuridicamente rilevante (diritto o interessi)” (Cons. Stato, ad. Plen., 20 aprile 2006 n. 7; sez. IV, 28 febbraio 2012 n. 1162), esso deve tuttavia avere i caratteri (che deriva dalla posizione cui afferisce) della personalità, concretezza e attualità, e postula un accertamento concreto dell’esistenza di un interesse differenziato della parte che richiede i documenti (Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 2006 n. 555).”).

4. - In conclusione, l’istanza *ex art.* 116, comma 2 cod. proc. amm. proposta da Agfa Gevaert s.p.a. deve essere accolta e, per l’effetto, deve ordinarsi ad Innovapuglia s.p.a. di esibire integralmente alla ricorrente, entro il termine di giorni trenta decorrente dalla comunicazione o notifica del presente provvedimento, la documentazione richiesta con le istanze del 24.5.2018 e del 29.5.2018 dalla stessa società senza omissis.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Sez. III, riservata alla decisione definitiva ogni ulteriore statuizione in rito, in merito e sulle spese, pronunciando sull’istanza *ex art.* 116, comma 2 cod. proc. amm. proposta da Agfa, la accoglie e, per l’effetto, ordina ad Innovapuglia s.p.a. di esibire integralmente alla ricorrente, entro il termine di giorni trenta decorrente dalla comunicazione o notifica del presente provvedimento, la documentazione richiesta con le istanze del 24.5.2018 e del 29.5.2018 dalla stessa società senza omissis.

Spese al definitivo.

Fissa l’udienza pubblica di discussione del merito alla data del 27 febbraio 2019.

Manda alla Segreteria per gli adempimenti e le comunicazioni di rito.

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2018 con l’intervento dei magistrati:

Carlo Dibello, Presidente FF

Francesco Cocomile, Consigliere, Estensore

Angelo Fanizza, Primo Referendario

L’ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Francesco Cocomile

Carlo Dibello

IL SEGRETARIO
