

Pubblicato il 26/05/2017

N. 00513/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00294/2017 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 294 del 2017, proposto da:

Co.I.Ma. Srl - Costruzioni Idrauliche Marangoni, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Alfredo Biagini, con domicilio eletto presso il suo studio in Venezia, Santa Croce 466/G;

contro

Etra S.p.A. Ambiente Territorio e Risorse Ambientali, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Attilio De Martin, domiciliata ex art. 25 cpa presso la Segreteria del Tar Veneto in Venezia, Cannaregio 2277-2278;

nei confronti di

C.F.C. Consorzio Fra Costruttori S.C. non costituito in giudizio;
Impresa Costruzioni Manzato Spa non costituito in giudizio;

Frimat Spa non costituito in giudizio;

Ar.Co. Lavori S.C.C. non costituito in giudizio;

*Per l'annullamento della Determinazione di Etra S.p.a., prot. n. 12064 del 14.2.2017, con la quale l'Ente aggiudicatore, nell'ambito della procedura selettiva in questione, ha rigettato l'istanza di accesso del 27.1.2017 promossa dall'ATI CO.I.MA. rivolta a ottenere l'accesso, nella forma della presa visione e della estrazione di copia, della documentazione amministrativa presentata da C.F.C. Consorzio fra Costruttori S.C.,
Impresa Costruzioni Manzato S.p.a. e ATI Frimat S.p.a.;*

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Etra S.p.A. Ambiente Territorio e Risorse Ambientali;

Vista l'istanza ex art. 116, comma 2, proposta dalla ricorrente;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 maggio 2017, fissata per l'esame del ricorso incidentale in tema di accesso, il dott. Nicola Fenicia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Premesso che:

La società ricorrente partecipava alla procedura selettiva aperta finalizzata alla conclusione di quattro accordi quadro per l'affidamento “*delle attività di pronto intervento diurno e notturno, feriale e festivo, nonché realizzazione di lavori di manutenzione straordinaria di reti, allacciamenti ed accessori di acquedotto e fognatura, per una durata di 24 mesi, rinnovabili a discrezione della Stazione Appaltante per un ulteriore periodo di 24 mesi nell'ambito del servizio idrico integrato gestito da Etra S.p.a. nelle Province di Padova e Vicenza*”;

Più in particolare, l'ATI CO.I.MA. S.r.l. presentava la propria offerta per l'affidamento del Lotto n. 4 finalizzato a garantire le prestazioni di manutenzione oggetto dell'accordo quadro nel territorio dei comuni raggruppati nell'area di Rubano;

Le operazioni di gara venivano svolte nel corso delle sedute pubbliche del 29.11.2016, 5.12.2016 e 29.12.2016, in cui si procedeva alla apertura delle buste recanti, al loro interno, la documentazione amministrativa e quella tecnica;

All'esito della verifica riguardante i requisiti soggettivi, economico finanziari e tecnico professionali dei concorrenti, con Determinazione n. 1 del 30.1.2017 pubblicata in data 31.1.2017 sul sito istituzionale dell'Ente aggiudicatore ai sensi dell'art. 29 del D.Lgs. 50 del 2016, il RUP della riferita procedura selettiva approvava le operazioni di gara e disponeva di “ammettere alla procedura di appalto i concorrenti per come in premessa citati”;

In data 27.1.2017, l'odierna ricorrente presentava all'Ente aggiudicatore un'istanza di accesso finalizzata a conoscere ed estrarre copia della documentazione amministrativa presentata da C.F.C. Consorzio fra Costruttori S.C., dall'Impresa Costruzioni Manzato S.p.a. e dall'ATI Frimat S.p.a., ovvero dagli altri soggetti partecipanti alla procedura selettiva finalizzata all'aggiudicazione del Lotto n. 4;

Con Determinazione del 14.2.2017 prot. n. 12064, Etra S.p.a. rigettava la riferita istanza, richiamando il disposto dell'art. 53, comma 2 lett. c), del D.Lgs. 50 del 2016, secondo cui l'accesso alle offerte può essere differito fino all'adozione del provvedimento di aggiudicazione, essendo nel caso di specie *“pendente e non ancora conclusa la procedura medesima con l'individuazione dell'aggiudicatario definitivo”*

Avverso tale atto la società istante, nel corso del giudizio instaurato per l'annullamento del provvedimento di ammissione degli altri concorrenti, ha quindi proposto l'impugnativa ora all'esame del Collegio, chiedendo l'accesso agli atti richiesti con l'istanza del 27.01.2017;

Al riguardo, ha dedotto la violazione degli artt. 22, 23, 24 e 25 della legge n. 241/1990; violazione e falsa applicazione dell'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per sviamento;

Si è costituita ETRA s.p.a. chiedendo la reiezione del ricorso ex art.116 c.p.a. ora all'esame del Collegio, e ciò non solo per le ragioni indicate nel provvedimento di rigetto dell'accesso, ma anche per mancanza d'interesse della ricorrente all'ostensione richiesta, essendo spirati i termini previsti dall'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., per proporre ricorso giurisdizionale avverso l'ammissione in gara degli altri concorrenti;

Alla camera di consiglio del 17 maggio 2017, il ricorso in tema di accesso, dopo la discussione delle parti, è stato trattenuto dal Collegio per la decisione;

Ritenuto che:

Il diniego di accesso alla documentazione amministrativa sia illegittimo, non potendo innanzitutto rilevare, ai fini della proposta azione ex art. 116, comma 2, c.p.a., la questione, sollevata dall'ETRA, relativa all'eventuale scadenza del termine di proposizione del ricorso contro l'ammissione degli altri operatori (che, insieme alla connessa questione di legittimità costituzionale dell'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., sarà esaminata al momento della delibazione del ricorso principale avverso il provvedimento di ammissione), rilevando invece solamente la circostanza che la

documentazione richiesta è necessaria per tutelare in giudizio gli interessi della ricorrente, come riconosciuto dall'art. 24, comma 7, della legge n. 241 del 1990, costituendo il fatto di aver partecipato alla gara, di per sé, un motivo valido per giustificare l'accesso alla documentazione amministrativa richiesta;

Del resto, la procedura di gara non si è ancora conclusa con l'aggiudicazione, che potrà essere impugnata dall'odierna ricorrente, restando poi questione di futura ed eventuale delibazione quella inerente la ricevibilità o meno delle singole censure che potranno essere formulate avverso tale provvedimento conclusivo;

Nel merito, il diniego di accesso alla documentazione amministrativa opposto all'odierna ricorrente è illegittimo, non essendo condivisibile l'assunto dell'Amministrazione secondo cui l'accesso alla documentazione amministrativa, ai sensi dell'art. 53, comma 2, lett. c), del D.lgs n. 50 del 2016, è differito fino al momento dell'aggiudicazione;

Infatti, tale ultima norma si riferisce solamente al contenuto delle offerte, ed è chiaramente posta a presidio della segretezza delle offerte tecnico-economiche, ma non impedisce l'accesso alla documentazione amministrativa contenuta normalmente nella busta A, relativa ai requisiti soggettivi dei concorrenti, essendo peraltro la conoscenza di tale documentazione elemento imprescindibile per l'esercizio del diritto di difesa in relazione al nuovo sistema delineato dall'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., che onera i concorrenti dell'impugnazione immediata delle ammissioni e delle esclusioni;

Giova considerare, inoltre, non solo l'art. 29 del D.lgs. 50/2016, il quale detta i principi generali sulla trasparenza e impone la pubblicità di tutti gli atti delle procedure di affidamento sul sito delle stazioni

appaltanti, nella sezione amministrazione trasparente, e inoltre sulla piattaforma digitale ANAC e sul sito del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, ma anche il comma 3 dell'art. 76 (nel testo attualmente vigente ante correttivo) che in aggiunta alle pubblicazioni previste dall'art. 29, stabilisce che debba essere dato *“avviso ai concorrenti, mediante PEC o strumento analogo negli altri Stati membri, del provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti”*; laddove per “atti” si devono intendere, i verbali di gara relativi alla fase di ammissione dei concorrenti e la documentazione amministrativa, di cui si è detto sopra, utile al fine della verifica della sussistenza dei requisiti soggettivi dei concorrenti;

Ed invero, come già detto, è proprio il nuovo regime diversificato di impugnazione previsto dal citato art. 120, comma 2-bis, del c.p.a., introdotto nel 2016, che impone una tale interpretazione nel senso cioè che l'operatore economico possa accedere alla documentazione amministrativa e ai verbali di gara relativi alla fase di ammissione dei concorrenti, già nella fase iniziale della procedura selettiva (senza attendere cioè quella finale di aggiudicazione, come era previsto nel vecchio regime di cui al D.lgs n. 163 del 2006) e che il differimento previsto dall'art. 53, comma 2, lett. c), del D.lgs n. 50 del 2016 sia ormai limitato alle buste della proposta che contengono le offerte tecniche e economiche (cfr. in tal senso, T.A.R. Lazio, sez. III, n. 3971 del 28 marzo 2017);

D'altro canto, non sussiste alcuna esigenza di differimento delle richieste di accesso a tale documentazione amministrativa una volta

conclusa la fase delle ammissioni e delle esclusioni, né verrebbe violata alcuna esigenza di riservatezza essendo nota il contenuto della busta contenente la documentazione amministrativa una volta aperta la stessa, né, quindi, potrebbe in alcun modo configurarsi alcuna violazione da parte dei pubblici ufficiali, rilevante ai sensi dell'art. 326 c.p., richiamato dal comma 4 dell'art. 53;

Pertanto, l'istanza incidentale di accesso deve essere accolta e, conseguentemente, va ordinato all'amministrazione resistente di consentire alla ricorrente l'accesso alla documentazione amministrativa presentata in sede di gara da C.F.C. Consorzio fra Costruttori S.C., dall'Impresa Costruzioni Manzato S.p.a. e dall'ATI Frimat S.p.a., entro il termine di 15 giorni dalla comunicazione in via amministrativa della presente ordinanza ovvero dalla notifica, se antecedente;

In ragione della novità della questione, le spese di giudizio relative al presente giudizio incidentale di accesso possono essere compensate tra le parti del giudizio;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sull'istanza di accesso proposta in via incidentale dalla ricorrente:

la accoglie e, per l'effetto, ordina all'amministrazione resistente di consentire alla ricorrente l'accesso alla documentazione amministrativa presentata in sede di gara da C.F.C. Consorzio fra Costruttori S.C., dall'Impresa Costruzioni Manzato S.p.a. e dall'ATI Frimat S.p.a., entro il termine di 15 giorni dalla comunicazione in via amministrativa della presente ordinanza ovvero dalla notifica, se antecedente.

Spese della presente fase processuale compensate.

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 17 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Pietro De Berardinis, Consigliere

Nicola Fenicia, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Nicola Fenicia

IL PRESIDENTE
Maurizio Nicolosi

IL SEGRETARIO