

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1074 del 2013, proposto da:

ELISICILIA SRL, rappresentata e difesa dagli avv. Luigi Borgia e Carmela Marino, con domicilio eletto presso l'avv. Francesco Inturri in Brescia, via Brozzoni 9;

contro

AZIENDA OSPEDALIERA "PAPA GIOVANNI XXIII" DI BERGAMO, rappresentata e difesa dagli avv. Alberto Colombo e Mirko Brioni, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Brescia, via Vittorio Emanuele II 60;

nei confronti di

GSA - GRUPPO SERVIZI ASSOCIATI SOCIETÀ CONSORTILE PER AZIONI, rappresentata e difesa dagli avv. Luca Ponti, Luca De Pauli, Innocenzo Gorlani e Mario Gorlani, con domicilio eletto presso questi ultimi in Brescia, via Romanino 16;

per l'annullamento

- della deliberazione del direttore generale n. 1469 del 31 ottobre 2013, con la quale è stato aggiudicato in via definitiva alla società consortile controinteressata il servizio di pronto intervento antincendio per un periodo di 48 mesi (con proroga eventuale di ulteriori 48 mesi);

- del verbale n. 1 della commissione tecnica del 4 e 6 settembre 2013 (valutazione delle offerte tecniche);

- del verbale n. 2 della commissione amministrativa del 20 settembre 2013 (valutazione delle offerte economiche e aggiudicazione provvisoria);

- del verbale n. 3 della commissione amministrativa del 17 ottobre 2013 (giudizio di congruità sull'offerta della società consortile controinteressata);

- con domanda di risarcimento in forma specifica, o in subordine per equivalente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera "Papa Giovanni XXIII" e di GSA - Gruppo Servizi Associati società consortile per azioni;

Visto il ricorso incidentale proposto da GSA - Gruppo Servizi Associati società consortile per azioni;

Vista la domanda di accesso formulata ex art. 116 comma 2 cpa da Elisicilia srl in relazione agli atti chiesti con note del 5 e dell'8 novembre 2013 (offerta presentata dalla vincitrice GSA società consortile per azioni, verbali e altri atti della gara);

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 novembre 2014 il dott. Mauro Pedron;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. L'azienda Ospedaliera Papa Giovanni XXIII con deliberazione del direttore generale n. 1645 del 27 dicembre 2012 ha indetto una procedura aperta su piattaforma SinTel per l'affidamento del servizio di pronto intervento antincendio avente durata pari a 48 mesi (eventualmente prorogabile di ulteriori 48 mesi). Per l'aggiudicazione è stato scelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 83 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163.

2. Alla procedura hanno partecipato, tra gli altri, la ricorrente Elisicilia srl e la controinteressata GSA - Gruppo Servizi Associati società consortile per azioni.

3. Nel corso della procedura, a causa del protrarsi delle operazioni di valutazione della documentazione tecnica, sono arrivati a scadenza i termini (pari a centottanta giorni) relativi alla validità delle offerte e della cauzione provvisoria. Poco prima della scadenza il responsabile del procedimento, con nota del 6 settembre 2013, ha invitato i concorrenti a prorogare fino al 31 dicembre 2013 la validità delle rispettive offerte e a rinnovare per un identico periodo la cauzione provvisoria. Per questi adempimenti è stato fissato il termine del 18 settembre 2013.

4. La società consortile controinteressata ha trasmesso i predetti documenti in data 4 e 8 ottobre 2013, ma è stata ugualmente ammessa al seguito della procedura ed è risultata aggiudicataria per un importo, riferito al primo quadriennio, pari a Euro 1.097.136, Iva esclusa (v. deliberazione del direttore generale n. 1469 del 31 ottobre 2013). La ricorrente si è collocata al secondo posto.

5. Contro l'esito della gara la ricorrente ha presentato impugnazione con atto notificato il 29 novembre 2013 e depositato 3 dicembre 2013. In particolare, la ricorrente sostiene che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa, in quanto ha provveduto a confermare la propria offerta e a prestare una nuova cauzione provvisoria in ritardo rispetto al termine appositamente fissato dal responsabile del procedimento.

6. L'azienda Ospedaliera e la controinteressata si sono costituite in giudizio chiedendo la reiezione del ricorso.

7. Questo TAR con ordinanza n. 665 del 20 dicembre 2013 ha respinto la domanda cautelare presentata dalla ricorrente. Il Consiglio di Stato Sez. III con ordinanza n. 347 del 23 gennaio 2014 ha respinto l'appello cautelare. In data 4 febbraio 2014 è stato stipulato il contratto di servizio.

8. Nel frattempo, con atto notificato il 17 dicembre 2013 e depositato il 18 dicembre 2013, la controinteressata ha proposto ricorso incidentale, sostenendo che la ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa (i) perché ha presentato una cauzione dimidiata senza allegare nella busta della documentazione amministrativa la certificazione del sistema di qualità ai sensi dell'art. 75 comma 7 del D.Lgs. n. 163 del 2006, e (ii) perché manca la dichiarazione riguardante l'assenza delle circostanze ex art. 38 comma 1-m-ter del D.Lgs. n. 163 del 2006.

9. La ricorrente ha contestato entrambi i rilievi, osservando che (i) la certificazione del sistema di qualità era inserita, come previsto dall'art. 6.3 del regolamento di gara, nella busta contenente l'offerta tecnica, e (ii) il modulo predisposto dalla stazione appaltante per le dichiarazioni sostitutive non conteneva alcun punto dedicato alle circostanze ex art. 38 comma 1-m-ter del D.Lgs. n. 163 del 2006.

10. In precedenza, la ricorrente con lettera del 5 novembre 2013 aveva formulato istanza di accesso, chiedendo copia dei seguenti atti di gara: (i) documentazione amministrativa prodotta dalla controinteressata; (ii) documentazione tecnica prodotta dalla controinteressata; (iii) offerta tecnica della controinteressata; (iv) verbali di gara, sia della commissione amministrativa sia della commissione tecnica, comprese le note del presidente della commissione tecnica del 3 aprile 2013, del 6 settembre 2013, e dell'11 settembre 2013; (v) documentazione relativa alla verifica di anomalia effettuata nei confronti della controinteressata, comprese la nota del 23 settembre 2013, la risposta della controinteressata, e il verbale della seduta riservata del 17 ottobre 2013; (vi) i log di sistema generati dalla piattaforma SinTel.

11. L'azienda Ospedaliera, con nota dirigenziale dell'8 novembre 2013, ha accolto solo in parte l'istanza, concedendo copia degli atti formati dagli organi preposti alla gara nonché copia dell'offerta economica della controinteressata, ma non l'offerta tecnica di quest'ultima e le giustificazioni dell'offerta economica.

12. La ricorrente ha reiterato l'istanza di accesso con lettera dell'8 novembre 2013 relativamente alla documentazione mancante. L'azienda Ospedaliera, con nota dirigenziale del 14 novembre 2013, ha comunicato alla controinteressata la richiesta della ricorrente. La controinteressata ha autorizzato solamente il rilascio di copia di alcune pagine dell'offerta tecnica, affermando che nella parte restante sarebbero contenuti segreti tecnici e commerciali. Preso atto di questa risposta, l'azienda Ospedaliera, con nota dirigenziale del 20 novembre 2013, ha negato in via definitiva l'accesso alla documentazione su cui la controinteressata aveva posto il veto.

13. Contro il diniego la ricorrente ha attivato l'azione di accesso, incardinandola ex art. 116 comma 2 cpa nel presente ricorso, con atto notificato il 4 dicembre 2013 e depositato il 5 dicembre 2013.

14. L'azienda Ospedaliera e la controinteressata hanno eccepito la tardività del ricorso sull'accesso con riguardo ai termini dimidiati del rito degli appalti, e ne hanno comunque chiesto la reiezione in quanto esplorativo.

15. Questo TAR con ordinanza n. 349 del 3 aprile 2014 ha accolto il ricorso sull'accesso, e ha conseguentemente ordinato all'Azienda Ospedaliera di fornire alla ricorrente, nel termine di trenta giorni, copia della documentazione richiesta.

16. In sede di appello, tuttavia, il Consiglio di Stato Sez. III con ordinanza n. 3688 del 15 luglio 2014 ha annullato la decisione del TAR, affermando che il ricorso sull'accesso non avrebbe potuto essere deciso prima del ricorso incidentale, avendo quest'ultimo, potenzialmente, un effetto escludente.

17. A questo punto, la vicenda contenziosa può essere esaminata nella sua interezza in sede di merito, secondo l'ordine indicato dal Consiglio di Stato.

Sul ricorso incidentale: cauzione dimidiata

18. Il primo argomento del ricorso incidentale si basa sul fatto che la ricorrente principale ha inserito la certificazione del sistema di qualità, che giustifica ex art. 75 comma 7 del D.Lgs. n. 163 del 2006 la cauzione provvisoria in misura dimidiata, nella busta contenente l'offerta tecnica anziché in quella della documentazione amministrativa. Secondo la controinteressata (ricorrente incidentale), poiché la busta della documentazione amministrativa viene aperta per prima, la ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa prima che si potesse conoscere il contenuto della busta contenente l'offerta tecnica.

19. La tesi non può essere condivisa. Un certo grado di formalismo è ammissibile nelle procedure a evidenza pubblica per favorire la speditezza e l'ordinato svolgimento delle operazioni, ma non fino al punto da escludere un concorrente per un semplice errore nella distribuzione del materiale tra le varie buste che compongono l'offerta. L'art. 46 comma 1-bis del D.Lgs. n. 163 del 2006, che costituisce una cornice normativa non derogabile dalla lex specialis, potrebbe consentire un provvedimento di esclusione solo qualora l'inesatta composizione delle buste determinasse incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta o difetto di un elemento essenziale della stessa. È però evidente che nessuno di questi rischi si presenta nel caso in esame, dove la documentazione amministrativa e tecnica prodotta corrisponde a quanto richiesto dal regolamento di gara ed è coerente con la cauzione versata. Deve quindi prevalere il principio della massima partecipazione.

20. Occorre poi sottolineare che la rigida anteriorità dell'esame della documentazione amministrativa rispetto alla parte tecnica dell'offerta è in concreto smentita dallo stesso regolamento di gara, che prevede al paragrafo 6.2 l'inserimento della cauzione provvisoria nella busta della documentazione amministrativa, e al paragrafo 6.3 l'inserimento delle certificazioni di qualità (ISO-9001, ISO-14001, SA-8000, OHSAS-18000) nella busta contenente l'offerta tecnica. Le suddette certificazioni sono oltretutto qualificate come requisiti necessari a pena di esclusione. Ne consegue che qualunque decisione basata su questi documenti presuppone non solo l'apertura di entrambe le buste ma anche l'esame congiunto del contenuto delle stesse.

Sul ricorso incidentale: dichiarazioni sostitutive

21. Con il secondo argomento utilizzato nel ricorso incidentale si afferma che la ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa per non aver inserito tra le dichiarazioni sostitutive sui requisiti soggettivi quella riguardante l'assenza delle circostanze ex art. 38 comma 1-m-ter del D.Lgs. n. 163 del 2006. Si tratta peraltro di una dichiarazione non presente nel modulo predisposto dall'Azienda Ospedaliera, che i concorrenti erano stati invitati a utilizzare (v. allegato 1 al regolamento di gara).

22. Circa la mancanza o l'imperfezione delle dichiarazioni sostitutive relative ai requisiti di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006 si è consolidato nella giurisprudenza nazionale un orientamento restrittivo, che riconosce l'eterointegrazione della *lex specialis* a fini espulsivi e non applica l'esimente del falso innocuo (v. CS Sez. III 8 settembre 2014 n. 4543). Tuttavia, anche in questa impostazione sopravvive la possibilità del soccorso istruttorio, quando la dichiarazione sia resa sulla base di moduli predisposti dalla stazione appaltante e il concorrente sia indotto in errore a causa della formulazione ambigua o equivoca della *lex specialis* (v. CS Sez. V 2 ottobre 2014 n. 4932, punto IV.3.1).

23. A proposito del soccorso istruttorio, la giurisprudenza comunitaria afferma che l'art. 45 della Dir. 31 marzo 2004 n. 2004/18/CE non impedisce di escludere un concorrente che non rispetti l'obbligo, previsto dalla *lex specialis*, di allegare alla propria offerta, sotto pena di esclusione, una dichiarazione sostitutiva. L'esclusione è considerata compatibile sia con il principio di parità di trattamento (il quale impone che tutte le offerte siano soggette alle medesime condizioni anche per quanto riguarda la formulazione) sia con l'obbligo di trasparenza (il quale previene i rischi di favoritismo e arbitrarietà da parte della stazione appaltante). Il presupposto che rende legittima l'esclusione è però che tutte le regole della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nella *lex specialis*. In particolare, è necessario, da un lato, che tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti possano comprenderne l'esatta portata e interpretarle allo stesso modo, e, dall'altro, che la stazione appaltante sia in grado di verificare effettivamente se le offerte dei concorrenti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione (v. C.Giust. Sez. X 6 novembre 2014 C-42/13, Cartiera dell'Adda, punto 44).

24. Applicando i criteri formulati dalla giurisprudenza comunitaria, si deve concludere che nel caso in esame non può essere disposta alcuna esclusione, in quanto il concorrente che utilizza il modulo predisposto dalla stazione appaltante soddisfa il requisito della normale diligenza nella compilazione dell'offerta, e può quindi concentrarsi sul contenuto della sua proposta, senza doversi gravare dell'ulteriore compito di controllare se la parte burocratica della procedura, curata dagli uffici della stazione appaltante, sia completa e accurata. A sua volta, la stazione appaltante, qualora imponga a pena di esclusione l'inserimento delle dichiarazioni sostitutive secondo il proprio modulo, può legittimamente applicare l'esclusione solo quando manchino le dichiarazioni espressamente incluse in tale modulo: per le altre, gli uffici devono verificare il possesso dei relativi requisiti chiedendo un'integrazione ai concorrenti. In questo modo si ristabilisce un equilibrio tra i reciproci obblighi di correttezza: i concorrenti subiscono la sanzione espulsiva solo quando sia stata preventivamente garantita la certezza del diritto, la stazione appaltante può tutelare le proprie esigenze di speditezza ed economicità nei controlli solo quando non abbia dato origine con i propri errori alla necessità di un supplemento istruttorio.

25. Occorre poi sottolineare che il formalismo delle dichiarazioni sostitutive non ha più alcuna funzione strategica nell'ordinamento interno, nel quale è stata ormai adottata l'impostazione sostanzialistica, come emerge chiaramente dalle recenti modifiche al D.Lgs. n. 163 del 2006. In

particolare, il comma 2-bis dell'art. 38, inserito dall'art. 39 comma 1 del D.L. 24 giugno 2014, n. 90, stabilisce che in caso di mancanza, incompletezza o irregolarità essenziale delle dichiarazioni sostitutive il concorrente è obbligato al pagamento, a favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara. Il versamento della sanzione consente la regolarizzazione delle dichiarazioni entro un termine breve. Per le irregolarità non essenziali non è dovuta alcuna sanzione pecuniaria, e neppure è richiesta la regolarizzazione. La medesima disciplina è estesa a ogni irregolarità dell'offerta dal nuovo comma 1-ter dell'art. 46, introdotto dall'art. 39 comma 2 del D.L. n. 90 del 2014. Queste innovazioni si applicano solo alle procedure bandite a partire dal 25 giugno 2014, ma sembra comunque possibile tenerne conto immediatamente, all'interno di un'interpretazione evolutiva della materia degli appalti, per i casi di irregolarità solo formale, ossia per quelle dichiarazioni che, seppure incomplete, non omettono o nascondono alcuna circostanza di fatto realmente esistente su cui sia poi necessaria una valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante.

Sul ricorso principale: conferma dell'offerta e nuova cauzione

26. La ricorrente principale chiede l'esclusione della controinteressata perché quest'ultima, una volta decorsi i termini di centottanta giorni previsti rispettivamente dall'art. 11 comma 6 e dall'art. 75 comma 5 del D.Lgs. n. 163 del 2006, ha confermato la propria offerta e prestato una nuova cauzione provvisoria oltre la scadenza appositamente fissata dal responsabile del procedimento. Si tratterebbe, nella prospettazione del ricorso, della violazione di un termine tassativo come quello di presentazione della domanda di partecipazione.

27. La tesi non appare condivisibile. In primo luogo, il responsabile del procedimento non ha qualificato come tassativo il termine per la conferma dell'offerta e l'invio della nuova cauzione provvisoria. Inoltre, la documentazione richiesta è pervenuta alla stazione appaltante con un ritardo modesto, e comunque in tempo utile per la conclusione della gara secondo la tempistica programmata.

28. La natura meramente sollecitatoria del termine si può desumere anche dalla funzione dei suddetti adempimenti.

29. In particolare, la conferma della validità dell'offerta deve essere considerata come una semplice condizione di procedibilità ai fini dell'aggiudicazione definitiva, in quanto non sarebbe utile individuare un contraente senza prima verificare se quest'ultimo si consideri ancora vincolato alla propria offerta. Al di là della terminologia utilizzata negli atti di gara, quindi, la perdita di validità dell'offerta deve essere intesa non come decadenza della stessa e ritiro dalla gara, ma come inefficacia temporanea (v. CS Sez. VI 24 giugno 2010 n. 4019).

30. Pertanto i singoli concorrenti, che sono i soggetti nel cui interesse è posta la limitazione temporale degli obblighi contenuti nell'offerta, possono in qualsiasi momento confermare e prorogare il proprio impegno verso la stazione appaltante, anche dopo la scadenza dell'offerta, purché si attivino in tempo utile per consentire la sollecita conclusione della gara, come è avvenuto nel caso in esame. Dato il vincolo ex art. 46 comma 1-bis del D.Lgs. n. 163 del 2006, che impedisce la moltiplicazione delle cause di esclusione non necessarie, l'inerzia dei concorrenti nella conferma dell'offerta può essere sanzionata con l'esclusione solo quando, prolungandosi eccessivamente, si trasformi in incertezza assoluta sull'esistenza dell'offerta stessa. Se la condizione di incertezza è solo provvisoria, e in concreto non impedisce la

conclusione della procedura in tempi ragionevoli, il superamento del termine fissato dalla stazione appaltante deve essere derubricato a infrazione non essenziale.

31. Per quanto riguarda la cauzione provvisoria, si tratta di una componente accessoria dell'offerta, le cui imperfezioni non possono comunque essere sanzionate con l'espulsione (v. CS Sez. III 5 dicembre 2013 n. 5781), neppure quando un segmento della procedura di gara rimanga provvisoriamente senza copertura fideiussoria (v. TAR Brescia Sez. II 22 ottobre 2013 n. 877). Quando vi sia un'offerta valida, originariamente assistita da una cauzione provvisoria poi scaduta, il concorrente può sempre collegare alla stessa una nuova cauzione provvisoria o estendere quella originaria. Nel tempo necessario a tali adempimenti l'offerta si trova in una condizione di semplice improcedibilità.

Sulla domanda di accesso

32. Passando alla questione dell'accesso, occorre sottolineare che il potere giurisdizionale su tale ricorso non si è esaurito nei due passaggi svolti finora, dapprima davanti a questo TAR (ordinanza n. 349/2014) e poi in Consiglio di Stato (ordinanza n. 3688/2014). Questa seconda pronuncia implica chiaramente una rimessione al primo giudice, avendo individuato una pregiudizialità logica nella trattazione del ricorso incidentale rispetto al ricorso sull'accesso. È evidente che il Consiglio di Stato, avendo statuito solo sull'ordine di trattazione, non può avere contemporaneamente deciso in via definitiva l'azione di accesso, certamente non nel merito, ma neppure sul piano processuale. Di conseguenza, non sarebbe coerente con la motivazione alla base dell'annullamento dell'ordinanza di primo grado ritenere improcedibile o inammissibile il ricorso sull'accesso. Piuttosto, essendo necessario ricondurre la decisione del Consiglio di Stato a una delle fattispecie tipiche di rinvio al primo giudice elencate nell'art. 105 cpa, si deve ipotizzare che nell'anticipazione del giudizio sull'accesso sia stata individuata una lesione del diritto di difesa della controinteressata. Quest'ultima, infatti, secondo la teoria che impone come prioritario l'esame del ricorso incidentale escludente, avrebbe avuto interesse a eliminare dalla gara la ricorrente, rendendo così improcedibile il ricorso principale e cancellando la legittimazione a proporre motivi aggiunti contro gli atti oggetto dell'istanza di accesso.

33. Il rinvio al giudice di primo grado consente, una volta respinto il ricorso incidentale, un riesame pieno della vicenda relativa all'accesso. Non vi sono peraltro motivi per discostarsi dalla decisione già espressa con l'ordinanza n. 349/2014.

34. Per quanto riguarda l'eccezione di tardività, si osserva che l'azione di accesso è subordinata a un termine di proposizione speciale, individuato dall'art. 116 comma 1 cpa in trenta giorni dalla conoscenza della reiezione dell'istanza o dalla formazione del silenzio. Tale termine non cambia a seconda del tipo di contenzioso che potrà essere avviato sulla base dei documenti oggetto dell'istanza di accesso. Parallelamente, la possibilità ex art. 116 comma 2 cpa di innestare l'azione di accesso in un giudizio pendente non determina l'attrazione nelle regole processuali di quest'ultimo, ma semplicemente una situazione di convivenza di domande diverse entro un unico veicolo processuale, giustificata da esigenze di economia e speditezza. Non sarebbe del resto ragionevole affermare che la tutela contro il diniego di accesso possa essere più o meno intensa in relazione al momento in cui viene richiesta o alla forma processuale prescelta. Non vi sono quindi ragioni per comprimere i termini di difesa quando sia già pendente un giudizio in materia di appalti.

35. Sul piano sostanziale, si può osservare che proprio in materia di appalti è stabilito il principio della prevalenza dell'accesso sulle esigenze di riservatezza dei controinteressati. L'art. 13 del D.Lgs. n. 163 del 2006, infatti, dopo aver posto un limite a tutela delle "informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali" (comma 5-a), prevede immediatamente il suo superamento, affermando che "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" (comma 6).

36. In questo quadro normativo, che garantisce una tutela forte a entrambe le parti contrapposte, si tratta di stabilire se debba essere più gravoso l'onere della prova a carico del soggetto che vuole sottrarsi all'accesso o quello a carico del soggetto che vuole conoscere l'offerta tecnica dei concorrenti.

37. In effetti, a ciascuno è chiesto di motivare la rispettiva posizione, ma mentre chi resiste all'accesso è sempre in grado di spiegare per quale motivo consideri le informazioni contenute nell'offerta come segreti tecnici o commerciali, chi intende invece conseguire l'accesso può trovarsi in una situazione di estrema difficoltà, in quanto normalmente non conosce i dettagli delle offerte dei concorrenti e può solo ipotizzare che la propria sia migliore e ingiustamente penalizzata nel punteggio.

38. Se dunque un'istanza di accesso potesse essere bloccata con l'argomento che si tratta di una richiesta meramente esplorativa, ovvero finalizzata alla ricerca di potenziali motivi di impugnazione che al presente non sono ancora chiari, vi sarebbe uno squilibrio nella tutela dei soggetti con interessi contrapposti. Più precisamente, verrebbe chiesto alla parte che possiede meno informazioni di motivare il proprio interesse all'accesso con dati che evidentemente sono al di fuori della sua sfera di conoscenza, mentre la parte che dispone di più informazioni potrebbe limitarsi a eccepire la presenza di segreti tecnici o commerciali, risultando di fatto esonerata dall'obbligo di darne puntuale dimostrazione, in contrasto con quanto espressamente previsto dall'art. 13 comma 5-a del D.Lgs. n. 163 del 2006.

39. La composizione di questo conflitto tra opposte aspettative deve quindi essere ricercata chiedendo al soggetto che resiste all'accesso di chiarire analiticamente sotto quali profili le indicazioni contenute nella propria offerta costituiscano segreti tecnici o commerciali.

40. In proposito, bisogna sottolineare che non può ricadere in questa definizione qualsiasi elemento di originalità dello schema tecnico del servizio offerto, perché è del tutto fisiologico che ogni imprenditore abbia una specifica organizzazione, propri contatti commerciali, e idee differenti da applicare alle esigenze della clientela. Schermare dall'accesso ognuna di queste componenti equivarrebbe alla secretazione di tutte le offerte tecniche. La qualifica di segreto tecnico o commerciale deve invece essere riservata a elaborazioni e studi ulteriori, di carattere specialistico, che trovano applicazione in una serie indeterminata di appalti, e sono in grado di differenziare il valore del servizio offerto solo a condizione che i concorrenti non ne vengano mai a conoscenza.

41. Qualora la dimostrazione dell'esistenza di un vero e proprio segreto non sia fornita in modo puntuale, torna a prevalere il principio di accessibilità dell'offerta, a tutela del diritto di difesa dei concorrenti (v. TAR Milano Sez. III 15 gennaio 2013 n. 116; TAR Roma Sez. III 26 febbraio 2013 n. 2106).

42. Nello specifico, le giustificazioni esposte dalla controinteressata nella procedura amministrativa e poi negli atti processuali non sembrano idonee a superare il confine tra semplice originalità dell'offerta tecnica e know-how qualificabile come distinto bene aziendale. In realtà, nelle predette giustificazioni (v. in particolare la nota depositata il 10 gennaio 2014) vi sono riferimenti a profili organizzativi interni (formazione continua del personale, attrezzature e mezzi di servizio, turni di reperibilità, gestione delle emergenze) e a soluzioni migliorative genericamente presentate come frutto della ricerca e dell'esperienza maturata in precedenti appalti. Da questa descrizione emerge soltanto una sintesi tecnica del servizio offerto, non la ragione per cui lo stesso dovrebbe essere considerato come bene da tutelare con il segreto.

43. La circostanza che in passato la ricorrente e la controinteressata abbiano fatto parte di uno stesso raggruppamento temporaneo per lo svolgimento di analogo servizio presso l'AREU Lombardia (v. doc. 24 dell'Azienda Ospedaliera) non significa che la richiesta di accesso sia strumentale. In effetti, se le due imprese hanno collaborato in altri appalti, non si può desumere che si siano scambiate tutte le informazioni utilizzate nella gara oggetto del presente giudizio. L'interesse ad accedere all'offerta della controinteressata rimane quindi attuale. Piuttosto, la pregressa collaborazione dimostra che per le imprese operanti in questo settore è possibile coordinare la propria attività anche con potenziali concorrenti senza mettere a rischio segreti tecnici o commerciali.

Conclusioni

44. Il ricorso incidentale deve pertanto essere respinto, e così pure il ricorso principale, comprese le istanze risarcitorie. È invece fondato e deve essere accolto il ricorso sull'accesso.

45. L'azienda Ospedaliera è conseguentemente tenuta a fornire copia della documentazione oggetto della richiesta di accesso, nel termine di venti giorni dalla pubblicazione della presente sentenza.

46. La soccombenza reciproca nel merito della procedura di gara e la complessità delle questioni relative all'accesso giustificano la compensazione integrale delle spese di giudizio.
P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando:

(a) respinge il ricorso incidentale;

(b) respinge il ricorso principale;

(c) accoglie la domanda di accesso, con la tempistica di cui in motivazione;

(d) compensa integralmente le spese di giudizio tra le parti sia nel ricorso principale, sia in quello incidentale, sia in quello sull'accesso.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 26 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Angelo De Zotti, Presidente

Mario Mosconi, Consigliere

Mauro Pedron, Consigliere, Estensore