

Parere n. 6 del 06/02/2013

PREC 253/12/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Società CO.GE.PA. Costruzioni Generali Passarelli S.p.A. – “*Procedura aperta per l'appalto di progettazione esecutiva ed esecuzione delle opere di valorizzazione dei tracciati viari del centro storico...*” – Data di pubblicazione del bando: 7.5.2012 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d'asta: euro 6.557.773,86 – S.A.: Comune di Portici (NA).

Accesso agli atti di gara (art. 13 Codice dei contratti) - certificazione di qualità - avvalimento

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Ritenuto in fatto

In data 9 ottobre 2012 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la CO.GE.PA. ha chiesto un parere in merito alla procedura di gara indetta dal Comune di Portici per l'affidamento dei lavori in oggetto. In particolare, l'istante pone una serie di quesiti in materia di accesso agli atti di gara *ex* art. 13 del Codice dei contratti, e contesta l'ammissione alla procedura della ditta SMARIG s.r.l., risultata aggiudicataria provvisoria, per l'impossibilità di avvalersi della certificazione di qualità ISO di altro soggetto e per l'assenza di dettaglio delle risorse messe a disposizione mediante l'avvalimento.

All'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità in data 15 novembre 2012, la stazione appaltante ribadisce la legittimità della procedura e la correttezza del proprio operato.

Considerato in diritto

La questione in esame concerne la legittimità dell'ammissione alla gara della ditta SMARIG s.r.l. nonché la disciplina in materia di accesso agli atti di gara.

Con riferimento a tale ultimo punto è necessario effettuare un preliminare *excursus* giurisprudenziale.

L'art. 13, comma 5, lett. a), del D.lgs. 12 aprile 2006, n.163, che esclude il diritto di accesso in ipotesi espressamente indicate, costituisce un'ipotesi di speciale deroga rispetto alla disciplina generale di cui alla l. 7 agosto 1990 n. 241, da applicare esclusivamente nei casi in cui si tratti di tutelare segreti tecnici o commerciali motivatamente evidenziati dall'offerente in sede di presentazione dell'offerta; tuttavia, l'ampliamento del segreto trova un limite, 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 (Consiglio di Stato, sez. V, 30 dicembre 2011, n. 6996).

L'art.13, al comma 2, prevede specifiche ipotesi di differimento dell'accesso e, in particolare, alla lett. c), in relazione alle offerte, dispone detto differimento “*fino all'approvazione dell'aggiudicazione*”; alla lett. c) *bis*, in relazione alla verifica di anomalia dell'offerta, dispone il differimento “*fino all'aggiudicazione definitiva*” (Consiglio di Stato, sez. V, 1 settembre 2011, n. 4905).

Al riguardo occorre fare riferimento all'art. 11, commi 4 e 5, secondo cui, rispettivamente, “Al

termine della procedura è dichiarata l'aggiudicazione provvisoria a favore del miglior offerente" e "La stazione appaltante, previa verifica dell'aggiudicazione provvisoria... provvede all'aggiudicazione definitiva", da leggere in combinato disposto con il successivo art. 12, comma 1, secondo cui "L'aggiudicazione provvisoria è soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, ovvero degli altri soggetti aggiudicatori, nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dal ricevimento dell'aggiudicazione provvisoria da parte dell'organo competente...". In tema di diritto di accesso agli atti delle gare di appalto, il comma 6 dell'art. 13 collega l'interesse all'accesso alla posizione giuridica non di chiunque vi abbia interesse, ma del solo concorrente che abbia partecipato alla gara e che abbia intrapreso ovvero debba intraprendere un giudizio avente ad oggetto la procedura di gara in cui l'istanza di accesso è formulata (Tar Lazio, Roma, sez. III, 10 maggio 2011, n. 4081).

Il rapporto tra la normativa generale in tema di accesso e quella particolare dettata in materia di contratti pubblici non va posto in termini di accentuata differenziazione, ma piuttosto di complementarietà, nel senso che le disposizioni (di carattere generale e speciale) contenute nella disciplina della l. n. 241 del 1990 devono trovare applicazione tutte le volte in cui non si rinvencono disposizioni derogatorie (e quindi dotate di una specialità ancor più elevata in ragione della materia) nel Codice dei Contratti, le quali trovano la propria *ratio* nel particolare regime giuridico di tale settore dell'ordinamento (Consiglio di Stato, sez. VI, 30 luglio 2010, n. 5062). Ai sensi dell'art. 13, comma 5, D.lgs. n. 163/2006, è esclusa dal raggio di azionabilità del diritto di ostensione la documentazione suscettibile di rivelare il *know-how* industriale e commerciale contenuto nelle offerte delle imprese partecipanti, sì da evitare che operatori economici in diretta concorrenza tra loro possano utilizzare l'accesso non già per prendere visione della stessa, allorché utile a coltivare la legittima aspettativa al conseguimento dell'appalto, quanto piuttosto per giovare delle specifiche conoscenze possedute da altri, al fine di conseguire un indebito vantaggio commerciale all'interno del mercato. È consentito, però, 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 (Consiglio Stato, sez. VI, 10 maggio 2010, n. 2814).

Il principio, in forza del quale il funzionamento della causa di esclusione dall'accesso è subordinato alla manifestazione espressa di interesse da parte dell'impresa alla quale si riferiscono i documenti cui si intende accedere, è stato elaborato in giurisprudenza con riferimento all'art. 13 del codice dei contratti, ovvero ad una norma inserita in un microsistema normativo collegato all'idea della peculiarità del settore considerato - pur all'interno delle coordinate generali dell'accesso tracciate dalla l. n. 241 del 1990 - e basato sull'individuazione di regole sue proprie.

L'esigenza di riservatezza è, quindi, recessiva di fronte all'accesso, laddove il diritto sia esercitato per la difesa di un interesse giuridico, nei limiti in cui esso è necessario alla difesa di quell'interesse; al più, l'amministrazione potrà intervenire con opportuni accorgimenti (cancellature o *omissis*), in relazione alle eventuali parti dell'offerta idonee a rivelare i segreti industriali (T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 22 aprile 2010, n. 8015; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 25 marzo 2010, n. 1657).

Ai sensi dell'art. 13, comma 6, è ammesso l'accesso agli atti di una gara d'appalto, da parte di un'impresa che vi ha preso parte, quando esso sia funzionale alla difesa in giudizio dei propri interessi, anche quando la richiesta di ostensione è diretta a conoscere l'offerta tecnica della ditta risultata aggiudicataria provvisoria. Al fine di tutelare i segreti tecnici o commerciali contenuti nell'offerta, il Giudice può limitare l'accesso ad alcune parti dei documenti richiesti (Consiglio Stato, sez. VI, 1 febbraio 2010, n. 524).

Ciò premesso, si risponde ai quesiti formulati dall'istante, come segue:

a) Il concorrente, secondo classificato, munito, come tale, di un interesse qualificato, ai sensi e per le finalità del sesto comma dell'art. 13 del Codice dei contratti, ha diritto di accesso alla documentazione prodotta dal primo classificato, una volta approvata l'aggiudicazione provvisoria.

Non osta, di per sé, a tale diritto il fatto che non sia stato inoltrato al concorrente primo classificato l'avviso di cui all'art. 3 del DPR 184/2006.

b) Ai sensi del quinto comma, lettera a), dell'art. 13, è preciso onere del concorrente fornire alla stazione appaltante motivata e comprovata dichiarazione circa i segreti tecnici o commerciali sottratti all'accesso che la propria offerta custodisce.

c) È consentito, però, anche contro la volontà della ditta controinteressata, 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 la richiesta stessa viene formulata.

d) In virtù della enunciata complementarietà tra la normativa generale e quella speciale del Codice dei contratti in tema di accesso, le disposizioni (di carattere generale e speciale) contenute nella disciplina della l. n. 241 del 1990 e del DPR 184/2006 devono trovare applicazione tutte le volte in cui non si rinvencono disposizioni derogatorie (e quindi dotate di una specialità ancor più elevata in ragione della materia) in detto Codice, le quali trovino la propria *ratio* nel particolare regime giuridico di tale settore, fermo restando comunque quanto detto nel secondo alinea del paragrafo a).

e) Non è di certo legittimo il comportamento della stazione appaltante che, in base all'opposizione manifestata dal concorrente controinteressato, neghi l'accesso alla documentazione amministrativa ed economica dell'offerta del concorrente medesimo, che alcun segreto tecnico e/o commerciale contiene.

In ogni caso, dalle deduzioni fornite dalla S.A. risulta che, in data 9 novembre 2012, la delegata della ditta istante ha ritirato la documentazione pertinente all'offerta della ditta SMARIG, dopo la formale approvazione dell'aggiudicazione provvisoria.

In riferimento all'ammissione alla gara della ditta SMARIG s.r.l., dalle medesime deduzioni fornite dalla S.A. si evince che tale ditta ha chiesto l'avvalimento per il requisito dell'attestazione SOA nella categoria OG3 classifica V. Non ha chiesto l'avvalimento per il sistema di qualità – peraltro non consentito – essendone in possesso, come da attestato rilasciato dall'Organismo di certificazione e presentato in sede di gara.

L'istante, quindi, ha impropriamente eccepito la mancanza di tale attestazione.

Inoltre, agli atti del procedimento risulta che tra la documentazione presentata è presente l'allegato elenco delle risorse messe a disposizione della ditta SMARIG.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, conforme alla normativa di settore l'operato della S.A..

Il Consigliere Relatore: Luciano Berarducci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 22 febbraio 2013

Il Segretario Rosetta Greco