

Tar Lazio, sezione prima quater, sentenza n. 9363 dell'11 agosto 2021

Aggiudicazione – Diritto di accesso agli atti – Segreto tecnico commerciale – Riserva - Limiti

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5808 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

..... S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro- tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provveditorato Regionale per il Lazio L'Abruzzo e il Molise, Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria presso il Ministero della Giustizia, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro- tempore*, non costituiti in giudizio; Ministero della Giustizia, in persona del legale rappresentante *pro- tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Ditta S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro- tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico ex art.25 c.p.a. eletto presso lo studio dell'avvocato in Napoli, via n.;

per l'annullamento

- del Decreto n. 53 del 21.4.2021, comunicato in pari data, recante determina di approvazione della proposta di aggiudicazione alla srl della «Procedura aperta dematerializzata, in ambito europeo, finalizzata alla conclusione di un Accordo quadro per l'affidamento - con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi del combinato disposto degli articoli 60 e 95 e nel rispetto dell'articolo 34 del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e ss.mm.ii. - del Servizio per il Vitto dei detenuti ed internati ristretti negli Istituti penitenziari per adulti, da svolgersi mediante l'approvvigionamento e fornitura di derrate alimentari necessarie al confezionamento di pasti giornalieri completi (colazione, pranzo e cena), con assicurazione, se non gestito direttamente dalla Direzione dell'Istituto, del servizio di vendita di generi extra-vitto (c.d. Sopravvitto) - Lotto di gara n. 2 44-LAZIO 2 - CIG: 834924816»;

- di tutti i verbali delle operazioni di gara, nessuno escluso, con particolare riferimento ai verbali di valutazione delle offerte tecniche, limitatamente al lotto n. 2 per il quale la ricorrente ha presentato offerta;

- del decreto n. 39 del 2.10.2020 di nomina della Commissione di gara;

- del decreto n.55 del 21.12.2020 e la successiva nota prot. 35266 del 30.4.2021, nella parte in cui circoscrive la proroga degli affidamenti in essere al 31.6.2021, in luogo della proroga tecnica al 31.12.2021 accordati dagli altri Provveditorati regionali nelle coeve procedure;

OVE OCCORRA

- del disciplinare di gara, del capitolato prestazionale, dello schema di Accordo Quadro, delle appendici al capitolato prestazionale, nonché di tutti gli altri atti inclusi, anche quali allegati, nella lex specialis di gara, sempre limitatamente al lotto n. 2 per il quale la ricorrente ha presentato offerta;

- della presupposta determina a contrarre del Provveditorato regionale n. 13 del 22.6.2020;

NONCHÉ PER LA DECLARATORIA EX ART. 121 E SS C.P.A.

di inefficacia/caducazione del contratto eventualmente stipulato con la

Srl

E PER LA CONDANNA

del Provveditorato Regionale per il Lazio l'Abruzzo e il Molise del Ministero della Giustizia a risarcire alla s.r.l. il danno ingiusto cagionato dall'illegittima aggiudicazione, anzitutto in forma specifica con il subentro, ex art. 122 c.p.a., nel contratto qualora stipulato, ovvero per equivalente economico relativamente alla porzione del contratto e alle prestazioni in ipotesi consumate, ovvero anche in considerazione della perdita di chance e delle spese di partecipazione alla gara; e con i motivi aggiunti presentati dalla parte ricorrente in data 14/06/2021:
- ove occorra, della nota prot. 0043860.U del 27/05/2021.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Giustizia e della Ditta S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio da remoto del giorno 13 luglio 2021 la dott.ssa Ines Simona Immacolata Pisano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 20 maggio 2021 la Ditta s.r.l. , collocatasi al secondo posto della graduatoria relativa al Lotto di gara n. 2 con un distacco di soli 0,69 punti rispetto all'aggiudicataria, ha impugnato il Decreto n. 53 del 21.4.2021 con cui l'amministrazione ha disposto l'aggiudicazione in favore della Ditta

..... s.r.l., unitamente agli altri atti di gara di cui alla procedura indetta con bando del Ministero della Giustizia del 24 giugno 2020 per la “conclusione di un Accordo quadro per l’affidamento del servizio per il vitto dei detenuti e internati e per il sopravvitto, se non gestito in forma diretta”.

Con successivo atto di motivi aggiunti notificato in data 14.6.2021 la ricorrente ha poi proposto istanza ex art. 116 c.p.a. chiedendo l’accertamento dell’illegittimità del diniego sull’istanza di accesso agli atti inerenti l’offerta tecnica integrale (Modello 3 e Relazione Tecnica comprensiva del criterio “D”) prodotta dalla, nonché alla documentazione completa inerente alle giustificazioni del prezzo offerto dalla stessa, proposta con istanza prot.2112/2021 del 21.04.2021.

Tale istanza è stata infatti denegata con nota prot. 0043860.U del 27/05/2021, emanata dall’amministrazione dopo l’avvenuta notifica del ricorso del 20.5.2021, allorquando - come evidenziato da parte ricorrente- il Provveditorato era sicuramente ben edotto delle specifiche esigenze difensionali vantate dall’istante, alla quale parte ricorrente ha replicato con nota inviata a mezzo pec in data 1.6.2021, insistendo per l’accoglimento dell’istanza di accesso formulata.

Ciò malgrado, l’amministrazione non ha mutato intendimento.

Con ordinanza n. 3558 del 23.6.2021 il Collegio ha fissato la separata trattazione dell’istanza ex art.116 c.p.a. proposta con i motivi aggiunti agli atti alla odierna camera di consiglio.

La controinteressata si è costituita in giudizio opponendosi- per quanto qui specificamente rileva- all’ostensione degli atti richiesti, non avendo parte ricorrente né allegato né dimostrato la stretta indispensabilità degli atti richiesti ai fini della propria difesa in giudizio.

Inoltre, gli atti richiesti implicherebbero - sempre ad avviso della controinteressata- il disvelamento di segreti tecnici e commerciali della s.r.l., e come tali non sarebbero quindi ostensibili ai sensi dell’art. 53, co. 5, lett. a), del D. Lgs. n. 50/2016.

Peraltro, la stessa parte ricorrente, nella propria Relazione allegata all'Offerta Tecnica, aveva inserito una Clausola di Riservatezza ai sensi del detto art. 53, nonché dei punti 7.2 e 12 del Disciplinare di Gara nella quale precisava che le parti della propria offerta tecnica che non intendeva rendere accessibili ai terzi “sono quelle di cui alla presentazione aziendale nonché ai capitoli del seguente sommario che qui appresso vengono indicati: Capitolo 1 – Risorse umane e Struttura organizzativa offerta per l'espletamento del servizio Capitolo 2 – Organizzazione del servizio Capitolo 3 – Processi accessori Capitolo 4 – Progetto sub criterio D – Soluzioni tecnico-gestionali ed elementi organizzativi per il potenziamento dell'efficacia dei controlli”.

Si è altresì costituito in giudizio il Ministero della Giustizia che, oltre a contestare puntualmente ciascuno dei 5 motivi di censura dedotti, per quanto qui rileva limitatamente all'istanza ex art.116 c.p.a., ha sostenuto l'infondatezza della stessa evidenziando che *“la, quale controinteressata, si è opposta effettivamente all'ostensione dell'intera documentazione richiesta dalla ditta Il R.U.P., ha, invece, proceduto ad un'attenta analisi delle due opposte situazioni, dovendo necessariamente trovare un punto di equilibrio tra le due posizioni giuridiche soggettive sostanzialmente di pari rango, quali il diritto di accesso agli atti e il diritto alla tutela dei segreti tecnici e commerciali. Con nota del 27.05.2021, il R.U.P., comunicava alla ditta la documentazione accessibile e quella di cui si vietava l'ostensione. In particolare, risultava non accoglibile la richiesta di accesso all'offerta tecnica perché le informazioni contenute costituiscono segreti tecnici e commerciali della società Ventura, e come tali non sono quindi ostensibili. Tra l'altro, come per tutte le ditte partecipanti al bando, anche la già nella Relazione allegata all'Offerta Tecnica prodotta aveva inserito una Clausola di Riservatezza ai sensi dell'art. 53, D.Lg. 50/2016, nonché dei punti 7.2 e 12 del Disciplinare di Gara, nella ha precisato che le parti della propria offerta tecnica*

che non intendeva rendere accessibili ai terzi. Del pari, non è ostensibile la documentazione completa inerente alle giustificazioni del prezzo e, quindi, di conseguenza, i verbali di valutazione dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e delle giustificazioni del prezzo”.

Tanto premesso, ritiene il Collegio che l'istanza ex art.116 c.p.a., con cui parte ricorrente lamenta violazione dell'art. 53 D.Lgs. n.50/2016, degli artt. 24, 97 c. 2 Cost. e degli artt. 1, 3, 6, 22, 24, 25 L. n.241/1990; eccesso di potere per erronea presupposizione, illogicità manifesta, travisamento, carente ed erronea istruttoria, carente ed erronea motivazione meriti accoglimento.

Va premesso che, in sede di decisione sulla legittimità o meno dell'istanza di accesso agli atti, il Collegio deve necessariamente prescindere da questioni riguardanti il merito del ricorso principale, ivi inclusi quelle relativi alla sussistenza o meno dell'interesse a ricorrere avverso l'aggiudicazione da parte del secondo classificato la cui offerta non abbia superato il giudizio di anomalia.

Tanto precisato, occorre rilevare che il Collegio si è già espresso con riferimento al rapporto tra accesso difensivo e segreto tecnico commerciale con la recentissima sentenza n.8858/2021 del 22 luglio 2021, evidenziando che, salvo il caso in cui venga in considerazione la tutela della riservatezza o di dati personali delle persone fisiche, i segreti tecnici commerciali e il diritto d'accesso c.d. difensivo non sono affatto “valori di eguale dignità”, atteso che il segreto tecnico-commerciale trova infatti tutela in fonti di rango primario (art.53 comma 6 d.lgs. 50/2016- art.98 ss. Codice della proprietà industriale), mentre il diritto di accesso c.d. “difensivo” trova riconoscimento, oltre che in norme di legge primaria o (art.22 ss. legge n.241/90), direttamente nella Carta costituzionale (art.24 Cost) e trova pertanto una tutela costituzionalmente “rafforzata”.

In materia di appalti pubblici, infatti, è lo stesso legislatore che, nel bilanciare il diritto di accesso con quello alla riservatezza del segreto tecnico-commerciale, prevede, al comma 5, lettera a) dell'art.53 D.lgs.50/2016, l'esclusione e il divieto di ogni forma

di divulgazione delle “informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali”.

Ciò, nel caso generale in cui l'accesso sia richiesto, come è ben possibile ai sensi della disciplina generale dettata in materia, per interessi non “difensivi”.

Viceversa, qualora il richiedente vanti un interesse “difensivo”, il successivo comma 6 del medesimo art.53 - il quale trova, evidentemente, il suo fondamento nel diritto di difesa, costituzionalmente tutelato dall'art.24 Cost. - precisa che “In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto”.

Nel caso specifico l'amministrazione ha ritenuto sussistente l'esigenza di proteggere asseriti “segreti tecnici-commerciali dell'aggiudicataria”, senza tuttavia esternare sotto quale profilo, che non è emerso neppure nel successivo giudizio né ha trovato riscontri nella difesa della controinteressata che deve non soltanto motivare ma anche “comprovare” la sussistenza di un segreto tale da paralizzare l'accesso: infatti, pur nella discrezionalità concessa all'amministrazione, nel valutare la effettiva sussistenza di un segreto tecnico-commerciale l'amministrazione non può discostarsi dalla definizione normativa contenuta nel Codice della proprietà Industriale, di cui all'art 98 del d.lgs. 10 febbraio 2005 n. 30, che richiede, ai fini della tutela, che le informazioni aziendali e commerciali ed esperienze sulle applicazioni tecnico industriali rispondano a requisiti di segretezza e rilevanza economica e siano soggette, da parte del legittimo detentore, a misure di protezione ragionevolmente adeguate (Cons. Stato Sez. V, 07/01/2020, n. 64).

Come già rilevato nel recente precedente di questa Sezione, peraltro, “nella definizione di segreti tecnici o commerciali non può ricadere 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. 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 (T.A.R. Campania Salerno Sez. II, 24/02/2020, n. 270)”.

La valutazione di tali presupposti risulta invece completamente mancante nella motivazione fornita dall'amministrazione e neppure è stata supportata in giudizio dalla controparte.

Né potrebbe argomentarsi che tale documentazione non sia indispensabile per le esigenze difensive della la ricorrente, essendo il difensore libero di articolare la propria strategia difensiva con i motivi, in fatto e in diritto, che ritiene più opportuni, anche qualora all'esito del vaglio del Giudice si rivelassero nel merito inammissibili o infondati.

Pertanto, come ricordato dalla recente decisione dell'A.P. del Consiglio di Stato del 18.03.2021, n.4 in caso di istanza di accesso agli atti per esigenze “difensive” “ la pubblica amministrazione detentrica del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. non devono invece svolgere ex ante alcuna ultronea valutazione sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione detentrica del documento o al giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso, salvo il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla l. n. 241 del 1990”.

In conclusione, il ricorso per motivi aggiunti proposto ai sensi dell'artt.116 c.p.a. deve essere accolto, con conseguente accertamento dell'illegittimità del diniego di accesso agli atti opposto dal Ministero della Giustizia di cui alla nota prot.2112/2021 del 21.04.2021 nella parte inerente all'offerta tecnica integrale (Modello 3 e Relazione Tecnica comprensiva del criterio "D") prodotta dalla, nonché alla documentazione completa inerente alle giustificazioni del prezzo offerto dalla stessa. Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Quater), definitivamente pronunciando sull'istanza ex art.116 c.p.a. proposta con il ricorso per motivi aggiunti, la accoglie e per l'effetto ordina all'amministrazione di consentire alla ricorrente l'accesso integrale alla documentazione richiesta con nota prot.2112/2021 del 21.04.2021;

condanna il Ministero della Giustizia alle spese del presente giudizio di accesso agli atti, che liquida nella misura di euro 2.000,00 (duemila/00) a favore di parte ricorrente, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2021 con l'intervento dei magistrati

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO