

Pubblicato il 21/02/2020

N. 00817/2020 REG.PROV.COLL.

N. 04479/2019 REG.RIC.



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

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 4479 del 2019, proposto da

Klas Services s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Riccardo Moschetta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Regionale Opere Pubbliche Campania, Molise, Puglia e Basilicata di Napoli, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso ex lege dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, presso i cui uffici è ex lege domiciliato in Napoli, alla via Diaz n. 11; Comune di Pignataro Maggiore, non costituito in giudizio;

nei confronti

G.L.M. Ristorazione s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Ciro Micera, Raffaele Montefusco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Ciro Micera in Napoli, via Marco Aurelio Severino n. 30;

per l'annullamento

previa sospensione ed adozione di decreto cautelare provvisorio ex art. 56 d.lgs. n. 104/2010:

- a) del decreto di approvazione di cui alla nota prot. 522 del 29.10.2019 (cfr. All 1) del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ovvero il provvedimento di aggiudicazione della gara d'appalto per l'affidamento del servizio di refezione scolastica nelle scuole statali dell'infanzia e della scuola primaria aa. ss. periodo: ottobre 2019 - giugno 2021 del Comune di Pignataro Maggiore CIG 7785951206 in favore della GLM RISTORAZIONE s.r.l.;
- b) di tutti i verbali di gara e di ogni ulteriore provvedimento, anche allo stato sconosciuto, relativo alla mancata esclusione della GLM RISTORAZIONE s.r.l. ovvero all'aggiudicazione della gara de quo, compreso un eventuale contratto stipulato tra la Stazione Appaltante e l'aggiudicataria;
- c) di tutti i verbali di gara relativi alla succitata aggiudicazione che costituiscono parte integrante della deliberazione impugnata ed in cui sono stati attribuiti i punteggi all'offerta tecnica ed economica della predetta aggiudicataria compreso le giustificazioni prodotte dall'aggiudicataria;
- d) di ogni provvedimento relativo al diniego ovvero al silenzio per quanto concerne l'accesso a tutti gli atti della gara de qua;
- e) della nota prot. n. 8465 del 5.11.2019 del Comune di Pignataro Maggiore (cfr. All. 2) con cui l'Ente ha disposto che il servizio affidato alla ricorrente terminerà il 15.11.2019;

f) di ogni ulteriore provvedimento anche allo stato sconosciuto relativo all'affidamento del servizio di refezione scolastica del Comune di Pignataro Maggiore in favore della GLM Ristorazione s.r.l.;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e della G.L.M. Ristorazione s.r.l.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 febbraio 2020 la dott.ssa Viviana Lenzi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

vista l'istanza ex art. 116 co. 2 c.p.a. con la quale parte ricorrente ha chiesto annullarsi il diniego parziale di accesso agli atti oggetto della richiesta datata 29/10/19;

considerato, sul piano processuale, che la richiesta di accesso di cui si discute è disciplinata dall'art. 116, comma 2, del c.p.a. a mente del quale "In pendenza di un giudizio cui la richiesta di accesso è connessa, il ricorso di cui al comma 1 può essere proposto con istanza depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso principale, previa notificazione all'amministrazione e agli eventuali controinteressati. L'istanza è decisa con ordinanza separatamente dal giudizio principale, ovvero con la sentenza che definisce il giudizio".

ritenuto di decidere sull'istanza con ordinanza, dal momento che l'accesso all'offerta ed ai giustificativi della controinteressata è stato richiesto dalla ricorrente in vista della possibile formulazione di motivi aggiunti, i quali dovranno essere deliberati unitamente al ricorso introduttivo del presente giudizio;

ritenuto che l'istanza di accesso sia meritevole di accoglimento, alla stregua delle considerazioni che seguono:

- l'art. 53, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 esclude *“il diritto di accesso...alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali?”*;

- secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale dal quale non vi sono ragioni per discostarsi, *“il limite del segreto tecnico e commerciale risulta recessivo rispetto al diritto di accesso quando quest'ultimo risulta strumentale alla 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”* (così Consiglio di Stato, Sez. V, 22 settembre 2017 n. 4440);

- *“la particolare voluntas legis, consona al particolare contesto concorrenziale, è, dunque, di escludere dall'ostensibilità propria degli atti di gara quella parte dell'offerta o delle giustificazioni della anomalia che riguardano le specifiche e riservate capacità tecnico-industriali o in genere gestionali proprie dell'impresa in gara (il know how), vale a dire l'insieme del “saper fare” e delle competenze ed esperienze, originali e tendenzialmente riservate, maturate ed acquisite nell'esercizio professionale dell'attività industriale e commerciale e che concorre a definire e qualificare la specifica competitività dell'impresa nel mercato aperto alla concorrenza; [...omissis ...] Il sancito limite alla ostensibilità è comunque subordinato all'espressa «manifestazione di interesse» da parte dell'impresa interessata, cui incombe l'onere dell'allegazione di «motivata e comprovata dichiarazione», mediante la quale dimostri l'effettiva sussistenza di un segreto industriale o commerciale meritevole di salvaguardia”* (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 7/1/2020 n. 64);

- nel caso in esame, né l'aggiudicataria – interpellata dalla S.A. – ha dimostrato l'effettiva sussistenza di un segreto industriale o commerciale meritevole di salvaguardia (ciò che sarebbe stato quanto mai necessario alla luce della tipologia di prestazioni oggetto dell'appalto), né l'Amministrazione ha motivatamente valutato le argomentazioni da quella offerte, ai fini dell'apprezzamento dell'effettiva rilevanza per l'operatività del regime di segretezza, limitandosi a recepire pedissequamente il

dissenso della prima e a respingere (per questa parte) sulla base di esso la richiesta di accesso;

ritenuto, sulla scorta della ragioni che precedono, che il diniego (parziale) di accesso si appalesa illegittimo e che, pertanto, deve essere consentito alla ricorrente di accedere alla documentazione tutta richiesta nell'istanza del 29/10/19, mediante presa visione ed estrazione di copia, entro il termine di giorni 15 dalla comunicazione (o notificazione, se anteriore) della presente ordinanza;

ritenuto di evidenziare che il comportamento ingiustificatamente omissivo di ottemperare all'ordine del giudice può astrattamente integrare gli estremi dei reati di cui agli artt. 650 (inosservanza dei provvedimenti dell'autorità) e 328 (rifiuto di atti d'ufficio) del codice penale che ferme restando le predette responsabilità, il Collegio potrà trarre argomenti di prova dal comportamento tenuto dalle parti nel corso del processo ai sensi dell'art. 64 cod. proc. amm;

ritenuto di rinviare in prosieguo alla pubblica udienza del 20/5/2020 (tenuto conto della prospettata eventualità della proposizione del ricorso per motivi aggiunti), riservando all'esito ogni definitiva statuizione sul merito e sulle spese;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava) accoglie l'istanza di accesso nei sensi e nei termini di cui in motivazione e rinvia in prosieguo alla pubblica udienza del 20/5/2020.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 12 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Gaudieri, Presidente

Paola Palmarini, Consigliere

Viviana Lenzi, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Viviana Lenzi

Francesco Gaudieri

IL SEGRETARIO