

Publicato il 02/03/2021

N. 00572/2021 REG.PROV.COLL.
N. 01486/2020 REG.RIC.



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 la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1486 del 2020, proposto da Società Cirfood S.C., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Eugenio Dalli Cardillo, con domicilio digitale eletto presso la sua casella PEC come da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Cormano, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Fabrizio Esposito, con domicilio digitale eletto presso la sua casella PEC come da Registri di Giustizia;

Centrale Unica di Committenza dei Comuni di Bovisio Masciago, Bresso e Cormano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita;

nei confronti

Società Dussmann Service S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita;

per l'annullamento

- della nota prot n. AOO.c_d013.28/07/2020.0020886 del 28 luglio 2020, a firma del Dirigente dell'Area Servizi alla Persona, Dott. Roberto Rovati, con la quale il Comune di Cormano ha accolto solo parzialmente l'istanza di accesso agli atti presentata da CIRFOOD s.c. in data 6 luglio 2020;

- di ogni ulteriore atto precedente, concomitante e successivo, ancorché ignoto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Cormano;

Visti gli atti della causa;

Visto l'art. 116 c.p.a.;

Visto l'art. 25 del D.L. 28 ottobre 2020 n. 137, come convertito nella L. 18 dicembre 2020 n. 176;

Visto l'art. 28 del D.L. 30 aprile 2020, come convertito nella L. 25 giugno 2020 n. 70;

Relatore la dott.ssa Valentina Mameli nella camera di consiglio del 13 gennaio 2021 tenutasi mediante collegamenti da remoto, come consentito dall'art. 25 comma 2 del D.L. 137/2020 e come specificato nel relativo verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con bando pubblicato sulla G.U.C.E. Serie 2019 – 125568 del 9 settembre 2019, la Centrale Unica di Committenza dei Comuni di Bovisio Masciago, Bresso e Cormano indiceva una procedura aperta per l'affidamento del servizio di ristorazione a ridotto impatto ambientale destinato alle utenze scolastiche del Comune di Cormano per il periodo 7 gennaio 2020 - 31 dicembre 2021.

Alla gara partecipavano cinque operatori economici, tra cui l'odierna ricorrente e la società controinteressata, che si aggiudicava la gara, come da determinazione dirigenziale n. 205/2020 del 1 luglio 2020.

La ricorrente si collocava al secondo posto.

Con istanza di accesso agli atti la ricorrente chiedeva il rilascio di copia dell'offerta presentata dall'aggiudicataria, comprensiva delle giustificazioni prodotte in occasione della verifica dell'anomalia, rappresentando all'Amministrazione la necessità ai fini della tutela giurisdizionale della propria posizione.

Con nota prot. n. AOO.c_d013.28/07/2020.0020886 del 28 luglio 2020, il Comune di Cormano accoglieva solo parzialmente l'istanza, negando in parte l'ostensione della documentazione relativa alle giustificazioni, all'offerta tecnica e all'allegato E (modello n. 4).

Avverso la determinazione di accoglimento parziale dell'istanza l'interessata ha proposto il ricorso in epigrafe, ai sensi dell'art. 116 c.p.a.

Con ordinanza n. 2112 del 10 novembre 2020 questo Tribunale ha disposto istruttoria, ordinando al Comune di Cormano di depositare in giudizio l'opposizione alla richiesta di

accesso della ricorrente presentata dalla controinteressata Dussmann Service srl (numero prot. 20547 del 23 luglio 2020 del Comune stesso), richiamata nella nota impugnata ma alla stessa non allegata, nonché lo schema di allegato E (modello n. 4) accluso alla *lex specialis* di gara ovvero una dichiarazione che desse conto del contenuto del medesimo richiesto dagli atti di gara.

Si è costituito in giudizio il Comune di Cormano che ha depositato i documenti richiesti, e ha chiesto il rigetto del ricorso.

Le parti hanno depositato scritti difensivi insistendo nelle rispettive conclusioni.

Indi la causa è stata trattenuta in decisione alla camera di consiglio del 13 gennaio 2021, tenutasi mediante collegamenti da remoto, come consentito dall'art. 25 comma 2 del D.L. 137/2020.

Con il ricorso proposto la ricorrente ha dedotto che l'oscuramento, da parte del Comune di Cormano, di tutte le parti sensibili del progetto e delle giustificazioni di Dussmann S.r.l. avrebbe reso impossibile valutare la possibilità di impugnare tempestivamente il provvedimento di aggiudicazione. Il documento recante le ragioni del diniego opposto dalla Società Dussmann Service S.r.l. all'ostensione dei propri atti e documenti di gara è ignoto alla ricorrente. In ogni caso le motivazioni che emergono dal provvedimento impugnato come giustificazione al diniego sarebbero mere clausole di stile, apodittiche e senza alcuna valenza sostanziale e giuridica. Ciò avuto anche riguardo al fatto che nel settore della ristorazione non sarebbero rinvenibili particolari *know how* tali da giustificare la segretezza dell'offerta.

Il ricorso è fondato nei limiti di cui *infra*.

Il Comune ha negato, mediante oscuramento, la seguente documentazione:

- quanto alle giustificazioni, sono state “*omesse le pagine relative alle scelte commerciali di Dussmann e accordi con fornitori specifici per il presente appalto*”;
- quanto all'offerta tecnica il Comune ha escluso l'accesso alle parti contenenti:
 - le scelte commerciali di Dussmann, in particolare accordi con fornitori specifici per il presente appalto e relativi nominativi;
 - i prodotti proposti e la loro quantificazione;
 - i nominativi dei fornitori dell'aggiudicataria e le loro certificazioni;
 - i nominativi del personale direttivo di Dussmann e le loro qualifiche ed esperienze professionali;
 - la descrizione del sistema informatizzato per la realizzazione di *customer*;
 - il nominativo del direttore e della dietista della controinteressata;

- quanto all'allegato E (modello n. 4) sono state oggetto di oscuramento le parti contenenti le soluzioni migliorative elaborate dall'aggiudicataria.

Sotto un profilo normativo va premesso che l'art. 53 del codice dei contratti pubblici rinvia alla disciplina generale di cui agli artt. 22 e seguenti della L. 241/1990, salvi gli specifici limiti all'accesso e alla divulgazione previsti dai commi dal 2 a 6 dello stesso art. 53.

In particolare rileva, ai fini del presente giudizio, il comma 5 lett. a), che esclude il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione 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.

Ai sensi del combinato disposto di cui al richiamato art. 53 commi 5 lett. a) e 6 in relazione alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi con riferimento alla procedura di affidamento del contratto.

La previsione di particolari limiti oggettivi e soggettivi all'accessibilità degli atti concernenti le procedure di affidamento e l'introduzione di veri e propri divieti di divulgazione del contenuto di determinati atti, si pongono come regole destinate a disciplinare in modo completo tutti gli aspetti relativi alla conoscibilità degli atti e dei documenti rilevanti nelle diverse fasi di formazione ed esecuzione dei contratti pubblici. Come tali, esse tracciano una sorta di microsistema normativo, collegato alla peculiarità del settore considerato, pur all'interno delle coordinate generali tracciate dalla L. n. 241 del 1990 (cfr. Tar Lazio, sez. II, n. 4945/2019 che richiama Cons. Stato, sez. V, n. 3079/2014).

Si tratta di previsioni molto più restrittive di quelle contenute nell'art. 24, L. n. 241 del 1990 cit., posto che nel regime ordinario l'accesso è consentito ove necessario per la tutela della posizione giuridica del richiedente senza alcuna restrizione alla sola dimensione processuale (cfr. Cons. Stato, sez. V, nn. 3953/2018 e 4813/2017).

Costituisce essenziale corollario applicativo delle premesse sopra esposte la regola di scrutinio che, proprio in applicazione della disciplina di cui al menzionato art. 53, impone al giudice *“un accurato controllo in ordine alla effettiva utilità della documentazione richiesta ... allo specifico fine di verificare la sussistenza del concreto nesso di strumentalità tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e la tutela difesa in giudizio degli interessi della stessa impresa ricorrente, quale partecipante alla procedura di gara pubblica il cui esito è controverso”* (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 6083/2018).

Se è vero che secondo l'orientamento nettamente maggioritario della giurisprudenza, il diritto alla piena ed effettiva tutela giurisdizionale deve ritenersi prevalente rispetto al diritto alla

riservatezza delle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta, è altrettanto vero che va operata una stringente verifica del nesso di strumentalità tra la documentazione richiesta e la necessità della tutela giurisdizionale della posizione dell'istante.

Ora, nel caso di specie, non risponde a tale nesso di strumentalità la richiesta volta ad ottenere i nominativi dei fornitori e dei dipendenti o collaboratori della controinteressata (peraltro neppure oggetto specifico dell'istanza presentata).

Risulta invece pienamente rispondente a tale strumentalità la richiesta di ostensione della documentazione contenente i prodotti offerte, e le soluzioni migliorative proposte.

Il *discrimen* va individuato in ciò che è stato oggetto di valutazione dell'offerta tecnica presentata in sede di gara, in ciò venendo in emersione, concretamente, il predetto vincolo di strumentalità.

Nel bilanciamento con i profili di riservatezza va rammentato che la partecipazione alle gare di appalto pubbliche comporta l'accettazione implicita da parte del concorrente delle regole di trasparenza ed imparzialità che caratterizzano la selezione.

Spetta all'offerente indicare le parti dell'offerta che contengano detti segreti tecnici o commerciali, con una motivata e comprovata dichiarazione, ma tale manifestazione è suscettiva di autonomo e discrezionale apprezzamento da parte della stazione appaltante sotto il profilo della validità e della pertinenza delle ragioni prospettate a sostegno dell'opposto diniego (T. A. R. Campania - Napoli, Sez. II, 30 gennaio 2020, n. 437).

In proposito nel caso di specie va rilevato che l'opposizione (parziale) della controinteressata all'ostensione dei documenti richiesti dalla ricorrente (cfr. nota del 23 luglio 2020, acquisita agli atti) è articolata in termini generici (*“L'offerta tecnica presentata da Dussmann contiene infatti alcune informazioni riservate sulla nostra azienda la cui diffusione pregiudicherebbe la sfera dei nostri interessi economici, finanziari, industriali e professionali anche e soprattutto nell'ottica delle gare future”*), senza alcun preciso riferimento, ad esempio, alle caratteristiche dell'oggetto dell'appalto o alle particolarità dell'offerta proposta, non assolvendo così all'onere di motivazione di cui all'art. 53 comma 5 lett. a) del D.lgs. 50/2016.

In altri termini l'opposizione si è risolta in una mera perifrasi di stile sulla quale la stazione appaltante non ha svolto alcuna autonoma valutazione, aderendo sostanzialmente in modo acritico ai rilievi formulati (appunto in termini generici) dall'aggiudicataria.

In conclusione, per le ragioni che precedono, il ricorso va accolto parzialmente nei limiti di seguito precisati:

- deve essere consentita l'ostensione delle giustificazioni presentate dall'aggiudicataria, limitatamente alle scelte commerciali, con esclusione dell'indicazione specifica dei fornitori;
- deve essere consentita l'ostensione dell'offerta tecnica, con esclusione dell'indicazione dei nomi dei fornitori, del personale e dei collaboratori, a vario titolo, della controinteressata nonché delle loro qualifiche ed esperienze professionali;
- deve essere consentito l'accesso alla documentazione relativa alla descrizione del sistema informatizzato per la realizzazione di *customer* laddove tale elemento sia stato oggetto di valutazione in sede di gara.

La stazione appaltante dovrà consentire l'ostensione nei limiti predetti entro 10 giorni dalla comunicazione o notificazione della presente sentenza.

Tenuto conto dell'esito complessivo del giudizio le spese di lite possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo accoglie e in parte lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Fabrizio Fornataro, Consigliere

Valentina Santina Mameli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Valentina Santina Mameli

IL PRESIDENTE
Domenico Giordano

IL SEGRETARIO