

Pubblicato il 03/01/2022

N. 00001/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00875/2021 REG.RIC.

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

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 875 del 2021, proposto da

Castiglia s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Ignazio Lagrotta, Emilia Straziuso e Paolo Clemente, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ager Puglia - Agenzia Territoriale della Regione Puglia per il Servizio di Gestione dei Rifiuti, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonella Martellotta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Gecos s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Corrado Mastropiero e Massimo Felice Ingravalle, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Favellato Claudio s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Saverio Sticchi Damiani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

-della determina del Direttore Generale dell'Agenzia Territoriale della Regione Puglia per il servizio di gestione dei rifiuti (AGER PUGLIA) n. 255 del 15.7.2021, con cui si è disposta l'approvazione della proposta di aggiudicazione dei lavori di messa in sicurezza di emergenza della discarica in località San Pietro Pago, nel Comune di Giovinazzo;

-della determina del medesimo organo n. 108 del 22.4.2021, con cui si è disposta la riammissione dell'RTI composta dalle società Gecos s.r.l. (mandataria) e Favellato Claudio S.p.A. (mandante); -della nota del 22.4.2021 a firma del RUP, con cui è stato disposto il soccorso istruttorio;

-del verbale del 28.6.2021 relativo alla verifica di congruità dell'offerta presentata dalla predetta ATI e di tutti i verbali di gara;

-della determina del Direttore Generale n. 114 del 27.4.2021 di nomina della commissione giudicatrice e della successiva determina n. 157 del 25.5.2021 di sostituzione di uno dei relativi componenti;

nonché per il risarcimento del danno in forma specifica mediante subentro nell'aggiudicazione e, in via subordinata, per equivalente monetario;

nonché, infine, per l'accesso ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a.;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ager Puglia - Agenzia Territoriale della Regione Puglia per il Servizio di Gestione dei Rifiuti, di Gecos s.r.l. e di Favellato Claudio s.p.a.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2021 la dott.ssa Giacinta Serlenga e uditi per le parti i difensori nessun avvocato presente;

1.-Viene in decisione il ricorso in epigrafe limitatamente all'istanza proposta dalla società ricorrente -ex art. 116 , comma 2, c.p.a.- di annullamento della nota prot. n. 8454 del 4.8.2021 a firma del R.U.P., Fausta Musci e del D.G., avv. Gianfranco Grandaliano, nella parte in cui è stato escluso l'accesso della ricorrente stessa alla documentazione presentata dalla controinteressata ATI Gecos Gecos s.r.l. - Favellato Claudio s.p.a. a giustificazione dell'offerta economica risultata superiore alla soglia di anomalia.

Tale istanza è stata, invero, proposta congiuntamente all'impugnazione degli atti della gara di cui si tratta, al cui esito la società Castiglia s.r.l. è risultata seconda in graduatoria, bandita per l'affidamento dei lavori di messa in sicurezza di emergenza della discarica in località San Pietro Pago, nel Comune di Giovinazzo, infine aggiudicata all'A.T.I. controinteressata.

Il motivo del parziale diniego di ostensione è riconducibile all'opposizione dell'interessata, la quale ha genericamente affermato che si trattasse di informazioni di carattere tecnico/commerciale riservate.

La società ricorrente lamenta l'illegittimità del diniego, di fatto ostativo alla conoscenza della documentazione in base alla quale la Stazione appaltante ha maturato il giudizio di congruità dell'offerta aggiudicataria, con conseguente lesione del diritto di difesa. Richiama l'orientamento nettamente maggioritario della giurisprudenza amministrativa secondo cui: a) il diritto alla piena ed effettiva tutela giurisdizionale deve ritenersi prevalente rispetto al diritto alla riservatezza delle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta; b) nel bilanciamento con i profili di riservatezza, la partecipazione alle gare di appalto pubbliche comporta l'accettazione implicita da parte del concorrente delle regole di trasparenza e imparzialità che caratterizzano la selezione; c) è onere dell'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 (TAR Campania - Napoli, Sez. II, 30 gennaio 2020, n. 437).

L'opposizione si sarebbe risolta in una mera perifrasi di stile sulla quale la stazione appaltante non avrebbe svolto alcuna autonoma valutazione, aderendo sostanzialmente in modo acritico ai rilievi formulati (appunto in termini generici) dall'aggiudicataria (cfr. TAR Lombardia, Sez. I, 2 marzo 2021, n. 572)

Risultano costituite in giudizio sia l'Amministrazione intimata sia la controinteressata che, pur concordando sui principi generali enunciati dalla giurisprudenza e richiamati dalla società ricorrente, invocano una stringente verifica del nesso di strumentalità tra la documentazione richiesta e la necessità della tutela giurisdizionale dell'istante. Tutto questo al fine di scoraggiare richieste emulative, scongiurando il rischio di istanze presentate al solo scopo di giovare di specifiche conoscenze industriali o commerciali acquisite e detenute da altri e limitando l'accesso ai casi di concreta necessità (da riguardarsi, restrittivamente, in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio (cfr. C.d.S., Sez. V, 1 luglio 2020 n. 4220).

Nella fattispecie, ai fini di tale prova, non sarebbero stati forniti elementi utili.

Alla Camera di consiglio del 17 novembre 2021, il Collegio si è riservato limitatamente al profilo del diniego parziale opposto all'istanza di ostensione.

2.- L'istanza ex art. 116 c.p.a. è fondata e va accolta.

Fermo restando l'onere che grava sulla stazione appaltante di motivare adeguatamente la sussistenza delle ragioni che si oppongono all'ostensione *tout court*, l'ammissibilità dell'accesso a fini difensivi alle informazioni di gara resta in ogni caso condizionata alla dimostrazione del nesso di strumentalità intercorrente tra le informazioni richieste in sede di accesso e le censure formulate o che si intende formulare in sede di ricorso, secondo il prevalente orientamento della giurisprudenza amministrativa, cui questa stessa Sezione ha aderito in precedenti pronunzie (cfr. sentenza n. 1041/2021; in termini, Sez. II, n. 1036/2020 e Sez. I, 27/08/2020, n. 1114; cfr. altresì C.d.S. Sez. V, 30.7.2020, n. 5167/2020 e Sez. III, n. 6083/2018).

Proprio da ultimo, il giudice di appello ha ribadito tali principi precisando che *“l'invocato accesso difensivo presuppone - secondo costante giurisprudenza - la stretta indispensabilità della documentazione richiesta al fine di curare o difendere i propri interessi giuridici, atteso che nel quadro del bilanciamento tra il diritto alla tutela dei segreti industriali ed il diritto all'esercizio del c.d. 'accesso difensivo' (ai documenti della gara cui l'impresa richiedente l'accesso ha partecipato), risulta necessario l'accertamento dell'eventuale nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate”* (cfr. C.d.S., Sez. III, 26 ottobre 2018, n. 6083; Sez. V, 12 novembre 2019, n. 7743; in relazione al criterio della stretta indispensabilità in relazione all'accesso di cui all'art. 24, comma 7, l. n. 241 del 1990, cfr. C.d.S., VI, 16 aprile 2017, n. 1692); facendone discendere che al fine di acconsentire all'accesso difensivo in presenza di segreto industriale è necessario *“un accurato controllo in ordine alla effettiva utilità della documentazione richiesta ed, in conseguenza, il necessario preliminare espletamento della c.d. prova di resistenza nei confronti dell'offerta della ricorrente, 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 (C.d.S., n. 6083/2018, cit.)”* (cfr. C.d.S. Sez. V, 28 febbraio 2020, n. 1451; in termini, Sez. V, 01/07/2020, n. 4220 e T.A.R. Lazio Roma Sez. II, 23/02/2021, n. 2194).

Nella fattispecie in esame, il nesso strumentale e l'interesse conoscitivo concretamente perseguito dalla società ricorrente appaiono evidenti, dal momento che l'istanza ex art. 116, comma 2, c.p.a. è stata formulata all'interno del giudizio promosso avverso gli atti di gara dalla ricorrente e il gravame contiene uno specifico motivo diretto a censurare l'anomalia dell'offerta (motivo sub 3); motivo il cui favorevole apprezzamento determinerebbe l'esclusione dell'A.T.I. aggiudicataria dalla gara stessa, con conseguente scorrimento della graduatoria nella quale l'odierna ricorrente è collocata al secondo posto.

3.- L'istanza va dunque accolta e, per l'effetto, ordinato all'Amministrazione l'ostensione della documentazione richiesta, entro e non oltre 20 (venti) giorni dalla comunicazione della presente ordinanza, eventualmente oscurando le parti strettamente necessarie che vengano espressamente indicate dalla controinteressata. Le spese di questa fase seguono la soccombenza e vengono stabilite in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'istanza ex art. 116, comma 2, c.p.a., come in epigrafe proposta, la accoglie e, per l'effetto, ordina l'ostensione della documentazione richiesta nei termini di cui in motivazione. Condanna l'Amministrazione resistente alla rifusione delle spese di giudizio in favore della ricorrente, che liquida in complessivi euro 700,00 (settecento/00), oltre spese documentate e accessori di legge.

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Orazio Ciliberti, Presidente

Carlo Dibello, Consigliere

Giacinta Serlenga, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giacinta Serlenga

IL PRESIDENTE
Orazio Ciliberti

IL SEGRETARIO