

Pubblicato il 24/01/2023

N. 00787/2023 REG.PROV.COLL.

N. 02575/2022 REG.RIC.



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

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 2575 del 2022, proposto da

Autolinee Dover di Veccaro Cosimo S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Aldo Loiodice, Michelangelo Pinto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Città Metropolitana di Bari, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Rosa Dipierro, Monica Gallo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Donato Trasporti S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Vittorio Nardelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

dell'ordinanza collegiale del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Terza) n. 00275/2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Donato Trasporti S.r.l. e di Città Metropolitana di Bari;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2023 il Cons. Massimo Santini e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Premesso che:

a) nell'ambito di un ricorso avente ad oggetto l'appalto per il servizio di trasporto di alunni disabili, la difesa di parte ricorrente Autolinee Dover formulava, in data 21 settembre 2021, istanza di accesso all'offerta tecnica integrale della controinteressata Donato s.r.l. Con successiva nota del 14 ottobre 2021, la Città Metropolitana di Bari ha parzialmente rigettato la suddetta istanza di accesso per quanto attiene alla parte dell'offerta tecnica dedicata alla "Organizzazione del servizio" (per segreto tecnico) nonché a quella afferente alla "Qualità del servizio" (per segreto commerciale);

b) il parziale rigetto formava incidentalmente oggetto di contestazione ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a., dinanzi al TAR Bari il quale rigettava il gravame a causa della assenza, in capo alla istanza del ricorrente, di un certo "nesso di strumentalità tra la documentazione richiesta e la necessità della tutela giurisdizionale dell'istante";

c) l'ordinanza del TAR Bari formava oggetto di appello per i motivi di seguito sintetizzati:

- *error in iudicando* nella parte in cui il TAR, nell'omettere ogni considerazione circa la violazione dell'art. 53 del decreto legislativo n. 50 del 2016, avrebbe persino ammesso in via postuma la etero integrazione della motivazione del provvedimento

di diniego. Motivazione di diniego all'accesso che, *ab origine*, sarebbe invece risultata del tutto generica soprattutto con riferimento agli indimostrati segreti commerciali; - *error in iudicando* nella parte in cui il giudice di primo grado avrebbe erroneamente ritenuto la insussistenza di un nesso di strumentalità tra documenti richiesti e interesse conoscitivo;

d) si costituivano in giudizio la appellata amministrazione e l'intimata Donato s.r.l. per chiedere il rigetto dell'appello. Venivano inoltre sollevate due eccezioni di rito: l'una di inammissibilità, stante le ritenuta impossibilità di appellare simili decisioni; l'altra di improcedibilità in quanto l'appalto sarebbe stato nel frattempo interamente eseguito;

e) alla camera di consiglio del 12 gennaio 2022 la causa veniva infine trattenuta in decisione.

Considerato che:

1. Quanto alle sollevate eccezioni di rito:

1.1. Come pure affermato da questa sezione (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2019, n. 3936), l'appello avverso l'ordinanza resa ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a. è ammissibile, atteso che a tale ordinanza collegiale deve essere riconosciuto valore decisorio indipendente dal giudizio principale. Di qui il rigetto della specifica eccezione;

1.2. Parimenti va rigettata l'eccezione di improcedibilità (per esaurimento della commessa) atteso che all'esito del giudizio di merito in primo grado, qualora il ricorso fosse ritenuto fondato, la stessa appellante potrebbe avere concretamente interesse a coltivare anche soltanto una istanza di tipo risarcitorio (per equivalente, si intende). Di qui il rigetto altresì di tale specifica eccezione;

2. Nel merito, la gravata decisione risulta adottata in modo condivisibile anche sulla base di un precedente di questa stessa sezione (n. 369 del 20 gennaio 2022). Più in particolare:

2.1. Ritiene anzitutto il Collegio di poter trattare congiuntamente i due motivi di appello, in ragione della loro evidente connessione oggettiva;

2.2. In linea generale, va poi detto che la disposizione di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016 (c.d. Codice dei contratti pubblici), la quale si pone in termini di specialità o comunque di coerente sviluppo normativo rispetto all'art. 24 della l. n. 241 del 1990, prevede: a) al comma 5, in chiave di principio generale, che sono escluse dal diritto di accesso quelle “informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali”; b) al comma 6, in termini di eccezione rispetto al predetto principio generale, che “è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto”;

2.3. Va confermato, al riguardo, il costante orientamento giurisprudenziale (ex multis, Cons. Stato, V, 26 ottobre 2020, n. 6463; V, 21 agosto 2020, n. 5167; V, 1° luglio 2020, n. 4220; V, 28 febbraio 2020, n. 1451; V, 7 gennaio 2020, n. 64) secondo cui la ratio della norma consiste nell'escludere dall'accesso quella parte dell'offerta strettamente afferente al know how del singolo concorrente, vale a dire l'insieme del “saper fare” costituito, in particolare, dalle competenze e dalle esperienze maturate nel tempo che consentono, al concorrente medesimo, di essere altamente competitivo nel mercato di riferimento;

2.4. Quel che occorre evitare, in altre parole, è un “uso emulativo” del diritto di accesso finalizzato, ossia, unicamente a “giovarsi di specifiche conoscenze industriali o commerciali acquisite e detenute da altri”. Ciò anche in considerazione del fatto che la partecipazione ai pubblici appalti non deve tramutarsi in una ingiusta forma di penalizzazione per il soggetto che, risolvendosi in tal senso, correrebbe altrimenti il rischio di assistere alla indiscriminata divulgazione di propri segreti di carattere industriale e commerciale;

2.5. Condizione di operatività di siffatta esclusione dall'accesso agli atti è data dalla "motivata e comprovata dichiarazione" da parte del concorrente interessato a far valere il suddetto segreto tecnico o commerciale; la stessa peraltro non opera laddove altro concorrente "dimostrerà che l'ostensione documentale è finalizzata alla difesa in giudizio dei propri interessi" (c.d. accesso difensivo);

2.6. In quest'ultima direzione "è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti" quanto, piuttosto, la "stretta indispensabilità" della ridetta documentazione per apprestare determinate difese all'interno di in uno specifico giudizio;

2.7. La valutazione di "stretta indispensabilità", in altre parole, costituisce il criterio che regola il rapporto tra accesso difensivo e tutela della segretezza industriale e commerciale;

2.8. Una simile valutazione va effettuata in concreto e verte, in particolare, "sull'accertamento dell'eventuale nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate";

2.9. Come poi affermato da Cons Stato, Ad. plen. n. 4 del 18 marzo 2021, in materia di accesso difensivo ai sensi dell'art. 24, comma 7, della l. n. 241 del 1990, deve però escludersi che sia sufficiente fare generico riferimento, nell'istanza di accesso, a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando, laddove l'ostensione del documento richiesto dovrà comunque passare attraverso un rigoroso e motivato vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare;

2.10. Trova quindi conferma la tesi di maggior rigore secondo cui deve esservi un giudizio di stretto collegamento (o nesso di strumentalità necessaria) tra documentazione richiesta e situazione finale controversa.: la parte interessata, in tale ottica, dovrebbe allora onerarsi di dimostrare in modo intelligibile il collegamento

necessario fra la documentazione richiesta e le proprie difese. E tanto, come evidenziato in diverse occasioni dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, IV, 14 maggio 2014, n. 2472), attraverso una sia pur minima indicazione delle “deduzioni difensive potenzialmente esplicabili”;

2.11. In questo quadro l'onere della prova del suddetto nesso di strumentalità incombe – secondo il consueto criterio di riparto – su colui che agisce, ossia sul ricorrente (in sede procedimentale, il richiedente l'accesso agli atti);

2.12. In assenza di tale dimostrazione circa la “stretta indispensabilità” della richiesta documentazione, la domanda di accesso finisce per tradursi nel tentativo “meramente esplorativo” di conoscere tutta la documentazione versata agli atti di gara, come tale inammissibile.

3. Premesso quanto sopra in termini generali, nel caso di specie va rilevato che:

3.1. Il provvedimento di accesso parziale, ed ancor prima l'atto di opposizione all'accesso della prima classificata DONATO s.r.l. (cui il provvedimento di parziale rigetto, ai fini della motivazione, ha sostanzialmente operato rinvio *per relationem*), recava una specifica giustificazione circa le ragioni sottese all'esigenza di tutelare segreti di natura tecnica o commerciale. Ciò risulta piuttosto evidente allorché si afferma che:

“In ogni caso, l'offerta tecnica della Donato Trasporti è tutelata dalla segretezza tecnica e per quanto riguarda la parte dedicata alla ORGANIZZAZIONE DEL SERVIZIO e della segretezza commerciale per quanto riguarda la parte dedicata alla QUALITA' DEL SERVIZIO.

Non v'è dubbio, infatti, che il MODELLO ORGANIZZATIVO prescelto ed offerto ... la DESCRIZIONE DEL SISTEMA DI ORGANIZZAZIONE E GESTIONE DEL PERSONALE ... la DESCRIZIONE DELLE MODALITA' DI GESTIONE DEGLI IMPREVISTI E DELLE EMERGENZE ... la DESCRIZIONE DELLE METODOLOGIE INFORMATICHE ... le

SOLUZIONI PER LA REALIZZAZIONE ED IL RILASCIO DI UN SISTEMA DI CUSTOMER SATISFACTION ... costituiscono il KNOW-HOW dell'impresa, il frutto della propria esperienza ed il risultato di strumenti innovativi di gestione (informatici, umani e materiali) che devono essere tutelati onde evitare di incorrere, come è accaduto in altre occasioni con altri operai, in operazioni di plagio e copiatura.

Nella stessa offerta tecnica vengono descritte le tecniche e le metodologie utilizzate facendo rinvio a precisi algoritmi, nonché a determinate piattaforme informatiche per calcolare i percorsi stradali nonché per la interazione tra responsabile e personale di bordo; nella stessa offerta viene puntualmente descritto l'utilizzo della piattaforma di localizzazione, ad esempio, per individuare i mezzi e predisporre sostituzione di mezzi e personale e fare intervenire eventuali soccorsi; anche la riduzione dei tempi di trasporto è conseguenza diretta della migliore tecnica utilizzata ed offerta dalla Donato Trasporti s.r.l." (cfr. pagg. 3 – 5 atto di opposizione della Donato Trasporti versata agli del giudizio di primo grado in data 26 gennaio 2022);

3.2. Di contro, l'istanza di accesso formulata dalla odierna appellante non avrebbe potuto essere accolta in ragione della sua estrema genericità, come rilevabile sia dagli atti procedurali sia da quelli processuali versati nel giudizio: l'appellante non ha infatti sufficientemente dimostrato il necessario nesso di strumentalità o di stretta indispensabilità tra la documentazione oggetto dell'istanza e le censure formulate, ossia l'effettiva concreta utilità di ottenere la documentazione richiesta in versione integrale. Ciò in quanto sia nell'istanza di accesso, sia nel presente atto di appello la società Autolinee DOVER si è limitata ad evidenziare in termini alquanto generici ed ipotetici che: "non vi sono profili di segretezza nella definizione dell'offerta tecnica relativa ad servizio di trasporto scolastico" (pag. 3 istanza in data 20 settembre 2021); "Nella denegata ed insussistente eventualità che tali profili siano opposti dalla controinteressata, si evidenzia sin d'ora che gli stessi sarebbero

recessivi rispetto al diritto di difesa costituzionalmente garantito, attesa la strettissima correlazione strumentale tra i documenti richiesti e la difesa in giudizio degli interessi della Società istante” (pag. 4 istanza di accesso). Si vedano poi le generiche affermazioni contenute nell’atto di appello: “le opposizioni all’accesso rappresentate dalla Donato Trasporti per motivi di riservatezza alla conoscenza di segreti commerciali risultano essere state, sostanzialmente, solo dichiarate ma in nessun modo dimostrate dall’aggiudicataria” (pag. 6 atto di appello); “la motivazione del provvedimento di diniego è del tutto generica e non indica, specificamente e adeguatamente, gli elementi originali dell’offerta né le ragioni per cui la loro diffusione determinerebbe un pregiudizio alla Donato Trasporti” (pag. 6 atto di appello); “La sussistenza di pretesi segreti tecnico - commerciali, di cui non vi è alcuna traccia nel provvedimento di parziale rigetto dell’accesso, non era in nessun caso opponibile all’appellante” (pag. 6 atto di appello); “l’accesso alla documentazione di gara dell’aggiudicataria richiesto da Autolinee Dover doveva riconoscersi obiettivamente necessario per l’esercizio del suo diritto di difesa in sede giurisdizionale” (pag. 8 atto di appello); “l’istanza di accesso ai documenti di gara ... in data 21.9.2021, era esplicitamente motivata sulla dedotta necessità ed indispensabilità di utilizzo della documentazione per difendere in giudizio i propri interessi giuridici nella procedura di gara de qua” (pagg. 8 e 9 atto di appello); “In particolare, le parti dell’offerta tecnica omissate sono essenziali al fine di poter meglio contestare l’attribuzione dei punteggi, oltre che la valutazione di asserita congruità dell’offerta presentata da Donato Trasporti” (pag. 9 atto di appello); “La strumentalità dell’istanza di accesso alle esigenze difensive in sede giurisdizionale avrebbe dovuto ritenersi, peraltro, lampante per il Giudice di prime cure, alla luce del ricorso introduttivo proposto dalla società istante, recante specifica impugnazione sia della propria esclusione e sia del provvedimento di aggiudicazione” (pag. 9 atto di appello); “L’ordinanza appellata, quindi, è

manifestamente errata, poichè il Giudice di prime cure non poteva disconoscere il nesso strumentale dell'istanza di accesso al giudizio in corso, denegando la possibilità alla Dover di difendere giurisdizionalmente i propri interessi legittimi ingiustamente lesi nella gara de qua" (pag. 10 atto di appello);

3.3. Dunque secondo il descritto sistema della motivazione "a doppia mandata" (ossia: l'una dell'istante e l'altra dell'opponente): mentre la controinteressata Donato Trasporti ha adeguatamente motivato le proprie ragioni di riservatezza quanto meno tecnica (know how), la istante Autolinee non ha allegato quel minimo nesso di strumentalità (c.d. stretta indispensabilità) tra censure proposte e documenti da ostendere che la giurisprudenza più recente, anche di questa sezione, ritiene ormai ineludibili onde poter avere accesso a simili documenti prodotti in sede di gara. In altre parole, la odierna appellante non ha dimostrato la assoluta indispensabilità degli elementi coperti da segreto per poter corroborare i propri motivi di ricorso, prova che non viene del resto raggiunta neppure con il presente ricorso in appello;

4. Da quanto sopra complessivamente detto consegue l'inevitabile rigetto di entrambi i motivi di appello;

Ritenuto in conclusione di dover rigettare il presente appello per genericità della motivazione posta alla base dell'istanza di accesso. Con compensazione in ogni caso delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Massimo Santini

IL PRESIDENTE

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO