

L'accesso ai documenti dell'offerta tecnica, laddove la controinteressata abbia fatto presente l'esistenza di segreti industriali, è ammissibile solo nei limiti in cui esso sia strettamente indispensabile per la concreta tutela dei propri interessi in giudizio.

Dunque, non è possibile l'accesso integrale all'offerta tecnica ed ai relativi allegati dell'aggiudicataria di una gara, qualora l'istante non abbia formulato tempestive doglianze riguardanti specificamente la correttezza dell'attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche; ciò in quanto, al fine di esercitare il diritto di accesso riguardo a informazioni contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali, è essenziale dimostrare la concreta necessità di utilizzo della documentazione in sede giudiziale, da riguardarsi restrittivamente in termini di stretta indispensabilità.

Tar Campania (Napoli), Sez. II, sentenza n. 105/2021

Publicato il 07/01/2021

N. 00105/2021 REG.PROV.COLL.

N. 02514/2020 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 della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2514 del 2020, proposto da Team Security S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Daniele Marrama, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, piazza Nicola Amore n.6;

contro

Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II di Napoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Messina, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Cosmopol S.p.A. non costituito in giudizio;

per l'annullamento

della nota prot. 9946/2020, emanata dall'azienda ospedaliera Federico II il 03.07.2020 e comunicata all'odierna ricorrente in data 06.07.2020, con la quale è stata accolta l'istanza d'accesso avanzata dalla controinteressata il 24.06.2020.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II di Napoli;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2020 la dott.ssa Maria Laura Maddalena e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 25 del d.l. 137/2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Oggetto del presente ricorso è la richiesta di annullamento della nota prot. 9946/2020, emanata dall'Azienda Ospedaliera Federico II il 03.07.2020, avente ad oggetto l'accoglimento dell'istanza d'accesso ai documenti di gara, avanzata da Cosmopol s.p.a. il 24.06.2020.

In particolare, con la nota impugnata l'Azienda resistente ha concesso alla società Cosmopol l'accesso all'offerta tecnica ed i giustificativi dell'anomalia, presentata da Team Security nell'ambito della procedura per l'individuazione del contraente cui

affidare il servizio di portierato nelle strutture dell'AOU, oggetto del giudizio n. RG 126/2020.

La Team Security S.r.l. ha impugnato detta nota con motivi aggiunti, depositati il giorno 7 luglio 2020 alle ore 16.50, nell'ambito del ricorso n. RG 126/2020.

Con ordinanza n. 1425/2020, la Sezione, rilevato che i motivi aggiunti erano stati depositati dopo il passaggio in decisione della causa, li ha convertiti, ai sensi dell'art. 32, comma 2, c.p.a., in autonomo ricorso e ha disposto che ad esso, previo stralcio, fosse attribuito di nuovo numero di RG..

Tale nuovo ricorso, proposto ai sensi dell'art. 116 c.p.a., è oggi all'esame del Collegio.

La Team Security si duole, nel presente ricorso, delle seguenti illegittimità della impugnata nota:

VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 22 e 24 L. 241/90; VIOLAZIONE

E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 53 D. LGS. 50/2016; VIOLAZIONE E/O FALSA

APPLICAZIONE DPR 184/2006; ECCESSE DI POTERE: DIFETTO DI ISTRUTTORIA;

TRAVISAMENTO DEI PRESUPPOSTI DI FATTO; PERPLESSA O CARENTE

MOTIVAZIONE; CONTRADDITTORIETÀ; SVIAMENTO.

In primo luogo, la ricorrente non avrebbe mai ricevuto copia dell'istanza di accesso presentata da Cosmopol e non è stata coinvolta nel procedimento di opposizione quale cotrointeressata all'accesso ai documenti.

Inoltre, Team Security aveva evidenziato nella propria istanza di partecipazione le parti della sua offerta in cui era possibile rintracciare degli aspetti coperti da riservatezza in quanto espressione di segreti tecnici, industriali o di uno

specifico *know how*. La stazione appaltante non ha tuttavia tenuto in conto tale dichiarazione ed ha concesso l'accesso.

La Teams Security sostiene inoltre che la propria offerta tecnica, con riferimento al sistema organizzativo, al sistema integrato di governo e gestione dei servizi e agli applicativi informatici ad essi relativi, alla formazione ed i metodi di controllo e monitoraggio delle presenze e della qualità dei servizi, contiene segreti tecnici ed industriali.

Infine, anche le giustificazioni contengono elementi idonei a rivelare specifici *know how* aziendali.

Ad avviso della ricorrente, Cosmopol non avrebbe al momento alcun valido interesse collegato alla loro conoscenza, che può essere costituito solo dalla necessità di tutela

re in giudizio i propri interessi, non essendo ancora stata disposta, al momento della proposizione del ricorso, l'aggiudicazione.

In sede cautelare, la Sezione, prima in sede monocratica e poi in sede collegiale, con ordinanza n. 1425/2020, ha ravvisato la natura immediatamente lesiva della nota impugnata e ha ritenuto, nel contemperamento dei contrapposti interessi, di sospendere interinalmente gli effetti della nota n. 9946/2020.

L'Azienda ospedaliera si è costituita e ha depositato una memoria nella quale ha fatto presente che, nelle more della celebrazione della presente udienza, con Deliberazione del Direttore Generale dell'A.O.U. n. 692 del 30 luglio 2020 è stata disposta l'aggiudicazione della gara in questione in favore della Cosmopol; Team Security ha proposto ricorso avverso tale aggiudicazione nek giudizio R.G. n. 3371/2020; frattanto, in data 9 ottobre 2020 (prot. n. 0015628), Cosmopol ha effettuato una nuova richiesta di accesso agli atti di identico contenuto rispetto a quella effettuata in precedenza e riscontrata dall'A.O.U. con la nota impugnata da Team Security nel presente giudizio;

L'Azienda ha respinto tale richiesta; infine, che con sentenza breve n. 4853 del 27 ottobre 2020 è stato respinto il ricorso promosso da Team Security avverso l'aggiudicazione.

Tanto premesso, l'Azienda ha chiesto in primo luogo dichiararsi la cessazione della materia del contendere o comunque l'inammissibilità del ricorso in quanto la nota impugnata avrebbe semplicemente fissato un incontro con la Cosmopol per valutare l'istanza di accesso formulata da quest'ultima. Nel merito ha chiesto comunque il rigetto del ricorso.

La Teams Security ha depositato una memoria insistendo nelle sue difese.

Entrambe le parti hanno depositato una memoria di replica e la causa è stata trattenuta in decisione.

Occorre in primo luogo esaminare l'eccezione di inammissibilità della resistente Azienda, per non avere la nota impugnata efficacia lesiva.

L'eccezione va respinta.

Come già rilevato in sede cautelare, la nota impugnata non può essere considerata, come sostiene parte resistente una mera convocazione della richiedente Cosmopol per verificare la sussistenza dei presupposti di legge per consentire l'accesso ai documenti, in quanto essa reca già la data fissata per l'accesso ai documenti richiesti, così implicitamente autorizzandolo.

Va inoltre disattesa l'eccezione di improcedibilità del ricorso.

La seconda istanza di accesso presentata da Cosopol in data 9 ottobre 2020 è stata invero accolta limitatamente alla documentazione amministrativa e all'offerta economica. Tuttavia, l'accesso all'offerta tecnica della Team security non è stato concesso, come risulta dal verbale di accesso del 19.10.2020, sostanzialmente perché era pendente il presente giudizio, né vi è stato un definitivo provvedimento di rigetto dell'istanza di accesso relativamente alla offerta tecnica, idoneo a superare quello favorevole in precedenza adottata e interinalmente sospeso.

In ogni caso poi, come rilevato dalla ricorrente, *“Il giudizio di cui all'art. 116 c.p.a., ancorché configurato come impugnatorio, è sostanzialmente volto ad accertare la sussistenza o meno del diritto di accesso del ricorrente ai documenti amministrativi di cui ha chiesto l'ostensione”* (T.A.R. Roma, sez. I, 20/07/2020, n. 8369).

Pertanto, come rilevato dalla ricorrente nella sua ultima memoria, permane il suo interesse alla odierna decisione, poiché solo l'annullamento della nota impugnata può impedire che Cosmopol acquisisca copia integrale dell'offerta di Team.

Nel merito, il ricorso è fondato e va accolto.

In primo luogo, infatti, non risulta che l'istanza d'accesso di Cosmopol sia stata comunicata alla Teams, mettendola in condizioni di opporsi. Sussiste dunque il vizio procedimentale, dedotto in ricorso.

Ma soprattutto, il provvedimento impugnato è viziato in quanto, al momento in cui Cosmopol ha presentato la propria istanza di accesso, gli atti richiesti si riferivano ad una gara nella quale non si era ancora pervenuti ad un'aggiudicazione. Ora, il Codice appalti all'art. 53, comma 2 prevede chiaramente che il diritto di accesso è differito in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione.

Inoltre, al comma 5, prevede: *“Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione:*

a) 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;”.

Il successivo comma 6 prevede poi: *“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”*.

Pertanto, in ogni caso, come afferma costantemente la giurisprudenza, l'accesso ai documenti dell'offerta tecnica, laddove la controinteressata abbia fatto presente

l'esistenza di segreti industriali, è ammissibile solo nei limiti in cui esso sia strettamente indispensabile per la concreta tutela dei propri interessi in giudizio.

Dunque, non è possibile l'accesso integrale all'offerta tecnica ed ai relativi allegati dell'aggiudicataria di una gara, qualora l'istante non abbia formulato tempestive doglianze riguardanti specificamente la correttezza dell'attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche; ciò in quanto, al fine di esercitare il diritto di accesso riguardo a informazioni contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali, è essenziale dimostrare la concreta necessità di utilizzo della documentazione in sede giudiziale, da riguardarsi restrittivamente in termini di stretta indispensabilità. (cfr. *ex multis* T.A.R. Latina, (Lazio) sez. I, 27/02/2020, n.93)

In conclusione, il ricorso va accolto con annullamento della nota impugnata.

Le spese possono essere compensate, sussistendo giusti motivi in relazione alla specificità della controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla la nota prot. 9946/2020, emanata dall'azienda ospedaliera Federico II il 03.07.2020.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2020, tenutasi in collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137/2020, con l'intervento dei magistrati:

Paolo Corciulo, Presidente

Maria Laura Maddalena, Consigliere, Estensore

Antonella Lariccia, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Maria Laura Maddalena

IL PRESIDENTE
Paolo Corciulo

IL SEGRETARIO