Pubblicato il 01/03/2023

N. 00111/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00122/2023 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 Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 122 del 2023, proposto da

(Omissis), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv.to L. T., con domicilio digitale corrispondente alla PEC come da Registri di Giustizia, e domicilio fisico *ex lege* presso la Segreteria della Sezione (Omissis);

contro

(Omissis), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi *ex lege* dall'Avvocatura distr.le dello Stato, con domicilio digitale corrispondente alla PEC indicata nei Registri di Giustizia, e domicilio fisico eletto presso la sua sede in (Omissis);

nei confronti

(Omissis), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti S. S. D. e E. D. B., con domicilio digitale corrispondente alla PEC come

da Registri di Giustizia, e domicilio fisico *ex lege* presso la Segreteria della Sezione (Omissis);

per l'annullamento

- DEL DECRETO 18/1/2013 N. 39, RECANTE L'AGGIUDICAZIONE ALLA CONTROINTERESSATA DELLA GARA PER L'AFFIDAMENTO DELLA FORNITURA DI GENERI ALIMENTARI PER IL CONFEZIONAMENTO DELL'EXTRA-VITTO PER I RISTRETTI DEGLI ISTITUTI PENITENZIARI DELLA REGIONE EMILIA ROMAGNA (LOTTO N. 2);
- DI TUTTI GLI ATTI, I VERBALI E I DECRETI DI GARA, ANCHE SE NON CONOSCIUTI;
- OVE LESIVA, DELLA LEX SPECIALIS;
- OVE LESIVI, DEGLI ATTI DI RISCONTRO ALLE ISTANZE DI ACCESSO;
- DI TUTTI GLI ALTRI ATTI PRESUPPOSTI, CONNESSI E CONSEQUENZIALI;

e per la declaratoria

- DEL DIRITTO DI SIRIO ALL'AGGIUDICAZIONE A PROPRIO FAVORE, CON DICHIARAZIONE DI INEFFICACIA DEL CONTRATTO EVENTUALMENTE STIPULATO AI FINI DEL SUBENTRO (CON RISERVA DI AZIONE PER IL RISARCIMENTO DEL DANNO E, IN VIA SUBORDINATA, PER L'ANNULLAMENTO DELL'INTERA GARA).

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del (Omissis);

Relatore nella camera di consiglio del giorno 28 febbraio 2023 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Evidenziato:

- che il legale della ricorrente ha dichiarato in Camera di consiglio di rinunciare all'istanza cautelare (alla luce della decisione dell'amministrazione di prorogare il rapporto contrattuale in corso);
- che, al contempo, ha insistito sull'istanza istruttoria, per ottenere l'esibizione dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria senza parti oscurate;
- che, sotto quest'ultimo profilo, non risultano avanzate obiezioni convincenti dalle controparti;

Tenuto conto:

- che, secondo l'orientamento che il Collegio condivide, il diritto di accesso agli atti di una gara d'appalto deve essere riconosciuto anche quando vi è l'opposizione di altri partecipanti controinteressati per la tutela di segreti tecnici e commerciali, in quanto esso è prevalente rispetto all'esigenza di riservatezza (T.A.R. Puglia Bari, sez. III – ordinanza 14/1/2019 n. 49; T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. II – 11/9/2015 n. 1467);
- che, in proposito, la partecipazione alle gare di appalto comporta l'accettazione implicita da parte del concorrente delle regole di trasparenza e imparzialità che caratterizzano la selezione, fermo restando l'obbligo tassativo per il richiedente l'accesso di utilizzare i documenti acquisiti esclusivamente per la cura e la difesa dei propri interessi giuridici (T.A.R. Molise – 10/10/2019 n. 332, il quale ha specificato che la decisione di affrontare un confronto comparativo all'interno di una gara pubblica implica *"una inevitabile accettazione del rischio di divulgazione del segreto industriale o commerciale, ove quest'ultimo sia impiegato allo scopo di acquisire un vantaggio competitivo …"*);
- che, ove fosse interdetto l'accesso all'offerta tecnica, il concorrente non aggiudicatario non potrebbe in alcun modo prendere cognizione delle ragioni sottese

all'attribuzione dei punteggi che hanno permesso di conseguire la prima posizione nella graduatoria finale;

- che la giurisprudenza di primo grado ha puntualizzato che la sussistenza del segreto tecnico o commerciale, tale da escludere il diritto all'accesso, deve essere motivata e comprovata, tenuto conto che l'art. 53 comma 6 del D. Lgs. 50/2016 riconosce preponderanza e prevalenza alle esigenze conoscitive del soggetto che ha richiesto l'accesso (cfr. T.A.R. Sicilia Catania, sez. III – 18/7/2019 n. 1811; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I – 6/11/2019 n. 2548);

Rilevato:

- che, nel caso di specie, non affiora la sussistenza di un segreto tecnico o commerciale, cioè di un *quid pluris* rispetto alla mera *"riservatezza"* della documentazione oggetto dell'accesso idonea ad escludere, ove motivata e comprovata, l'esercizio del diritto di accesso (Consiglio di Stato, sez. V – 1/7/2020 n. 4220);

- che non fuoriescono dal raggio degli elementi ostensibili *"la descrizione di elementi aziendali acquisiti da esperienze tecnico-industriali e commerciali … relativi oltre che ad aspetti di organizzazione del servizio oggetto dell'appalto, anche ad ulteriori particolari riferiti alla disponibilità di risorse umane e tecnologiche ed alla loro gestione in termini di competenze, capacità produttive, qualifiche e aggiornamenti, …. privati rapporti di fornitura con aziende nazionali e non, relativi alla proposta di prodotti e soluzioni che rappresentano specifici aspetti prestazionali del servizio offerto"*;

- che le scelte organizzative dell'imprenditore concorrente non sono classificabili nell'alveo del *know how* meritevole di protezione, alla stregua (ad esempio) di un'opera dell'ingegno tutelata da un brevetto;

- che, alla luce di quanto illustrato, l'istanza istruttoria merita accoglimento;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) prende atto della rinuncia alla domanda cautelare.

Accoglie l'istanza di parte ricorrente e, per l'effetto, ordina al (Omissis) di depositare in giudizio la documentazione richiesta (offerta tecnica integrale della controinteressata) entro e non oltre il termine di 20 (venti) giorni dalla data di comunicazione o di notificazione della presente ordinanza.

Rinvia al merito la pronuncia sulle spese della presente fase.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'amministrazione, è depositata con le modalità previste dal processo telematico, e la Segreteria del Tribunale provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 28 febbraio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Ugo Di Benedetto, Presidente

Ines Simona Immacolata Pisano, Consigliere

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Stefano Tenca	**Ugo Di Benedetto**

IL SEGRETARIO