

Publicato il 17/04/2020

N. 02449/2020REG.PROV.COLL.  
N. 07253/2019 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 Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 7253 del 2019, proposto da Bunder Company s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Vito Aurelio Pappalepore ed Alessandra Ciocia, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Francesco Pappalepore in Roma, via Guglielmo Calderini, 68;

*contro*

Comune di Cerignola, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Angela Paradiso e Giuliana Nitti, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

Centrale Unica di Committenza del Tavoliere, non costituita in giudizio;

*nei confronti*

Omnitech s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabrizio Lofoco ed Alessandra Muciaccia, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;  
Longo Euroservice s.r.l., non costituita in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima) n. 00856/2019, nonché dell' ordinanza collegiale del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima) n. 00894/2019, rese tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Cerignola e della Omnitech s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 gennaio 2020 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Pappalepore per sé e in dichiarata delega di Ciocia, Paradiso, Nitti, e Pecorilla per delega di Lofoco;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- La Bunder Company s.p.a. ha interposto appello avverso la sentenza 20 giugno 2019, n. 856 nonché avverso l'ordinanza 26 giugno 2019, n. 894 del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sez I, con le quali, rispettivamente, sono stati respinti il suo ricorso principale e quello incidentale della controinteressata Omnitech s.r.l., nonché è stata respinta la domanda di ostensione documentale proposta dalla società Bunder.

Il ricorso principale della Bunder Company, risultata seconda graduata (con complessivi punti 81,00) ha riguardato la determina dirigenziale in data 13 dicembre 2018 di aggiudicazione, in favore di Omnitech s.r.l. (che ha conseguito 82,28 punti), della procedura aperta di gara, telematica, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento della "fornitura di mezzi e attrezzature per l'avvio della raccolta differenziata porta a porta nel Comune di Cerignola", indetta dal Comune, per il tramite della Centrale Unica di Committenza del Tavoliere.

In data 14 e 18 dicembre 2018 la Bunder ha proposto istanza di accesso ai verbali di gara, alla documentazione amministrativa, all'offerta tecnica ed economica dell'aggiudicataria, agli atti del sub-procedimento di verifica dell'anomalia ed a quelli del procedimento di verifica del possesso dei requisiti. L'ostensione documentale è stata denegata con nota del 22 dicembre in relazione all'offerta tecnica, nella considerazione che, per la parte riguardante gli automezzi, incidesse sulla sfera di riservatezza costruttiva della ditta produttrice Longo Euroservice s.r.l.

Il ricorso principale della società Bunder, volto a censurare il punteggio attribuito all'offerta tecnica di Omnitech, conteneva anche istanza *ex art. 116 Cod. proc. amm.* per l'accertamento del diritto ad esercitare l'accesso all'offerta tecnica risultata aggiudicataria.

Omnitech s.r.l., nel costituirsi in giudizio, ha esperito ricorso incidentale analogamente contestando l'illegittima attribuzione del punteggio all'offerta tecnica della Bunder.

2. - La sentenza appellata, come premesso, ha respinto il ricorso introduttivo, incentrato sull'interpretazione dell'art. 8 del disciplinare, riguardante l'attribuzione dei trenta punti per la valutazione di

ciascun automezzo, e sulla compatibilità con tale disposizione dei sub-criteri stabiliti dalla Commissione giudicatrice, ritenendo che quest'ultima, *«nel suddividere autonomamente in singole voci, all'interno della griglia soprarichiamata, il punteggio relativo agli automezzi, non ha violato i vincoli imposti dalla legge di gara, bensì ha, nella sostanza, agito in perfetta sintonia con le finalità in essa perseguite, adottando dei parametri senz'altro idonei a rendere più analitica, completa ed approfondita (e per ciò anche più controllabile) la valutazione del compattatore e del costipatore richiesti ai fini dello svolgimento del servizio in affidamento»*. La sentenza ha, al contempo, respinto il ricorso incidentale di Omnitech nella considerazione che *«avendo la ricorrente indicato una rosa di centri convenzionati (idonei a prestare assistenza relativamente ai propri automezzi) situati a distanza inferiore a 150 km dal Comune di Cerignola, essa ha correttamente ottenuto il punteggio massimo previsto, a nulla rilevando la circostanza che l'impresa produttrice dei propri mezzi (ossia la "Omb Technology Srl") sia ubicata presso il Comune di Brescia»*.

3. - L'ordinanza ha poi respinto la domanda di accesso all'offerta tecnica di Omnitech, proposta da Bunder Company s.p.a. unitamente al ricorso principale, sulla base della considerazione che, essendo l'accesso stato motivato con riguardo alle esigenze di difesa giudiziale, deve ritenersi venuto meno l'interesse a conoscere gli atti reclamati, in quanto *«la parte ha inteso definire la causa principale, prescindendo dall'ostensione dei predetti documenti (che non risultano, dunque, pertinenti al vaglio dell'unica doglianza formulata), chiedendone il passaggio in decisione indipendentemente dalla conoscenza dei caratteri tecnici dei mezzi indicati nell'offerta dell'aggiudicataria, nonostante vi sia stata una esplicita interlocuzione sul punto con il Collegio, in sede di discussione orale»*.

4. - Con l'appello la Bunder Company s.p.a. deduce l'erroneità della sentenza e della separata ordinanza di prime cure, chiedendone la riforma o l'annullamento, mediante reiterazione, alla stregua di motivi di critica delle medesime, delle censure svolte in primo grado, concernenti : a) la violazione dell'art. 95, commi 5 e 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 8 del disciplinare, per avere la Commissione giudicatrice introdotto, nella seduta riservata del 5 dicembre 2018, criteri motivazionali e parametri di valutazione delle offerte tecniche ulteriori rispetto a quelli previsti dalla *lex specialis*, ed in particolare attribuito punteggi in relazione al "telaio", alla "portata utile" ed al "rapporto di compattazione" dei mezzi, aggiungendo tali parametri all'unico individuato dal disciplinare, consistente nei "maggiori *optional* tecnici offerti", così realizzando una duplicazione del criterio stesso; b) la violazione dell'art. 116, comma 2, Cod. proc. amm., nell'assunto che la controversia sia stata decisa con una indebita inversione dell'ordine di delibazione delle questioni sottoposte al vaglio, prima decidendo sul merito della vicenda e poi, a valle, sull'istanza di accesso, ritenendone venuto meno l'interesse, laddove avrebbe dovuto essere valorizzata la priorità logica dell'accesso rispetto alla definizione del merito; né dal verbale dell'udienza o dagli scritti difensivi risulta alcuna rinuncia alla pronuncia sull'accesso, unica circostanza che avrebbe consentito di definire pregiudizialmente il merito. In tale modo è stato, ad avviso dell'appellante, sacrificato da parte del primo giudice il diritto di difesa della società ricorrente, anche a prescindere dalla considerazione che l'interesse all'ostensione documentale concerne un bene della vita autonomo rispetto a quello sotteso all'azione principale di annullamento, denegato in base ad una generica

motivazione di tutela del segreto industriale dell'impresa produttrice degli automezzi offerti dall'aggiudicataria, in violazione dell'art. 53 del d.lgs. n. 50 dl 2016, enucleante in ogni caso la preminenza del c.d. accesso difensivo; l'appellante fa espressa riserva di articolare, all'esito, motivi aggiunti ai sensi dell'art. 104, comma 3, Cod. proc. amm.

5. - Si sono costituite in resistenza l'Omnitech s.r.l. ed il Comune di Cerignola, chiedendo la reiezione dell'appello, precisando, con riguardo al secondo motivo, che non sussiste più l'interesse ad accedere agli atti, residuando ormai una mera ipotesi risarcitoria in ragione dell'intervenuta esecuzione contrattuale.

6.- All'udienza pubblica del 30 gennaio 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1.- Deve essere anzitutto disattesa l'eccezione di inammissibilità dell'appello sollevata dalle parti resistenti in relazione alla domanda di ostensione documentale, ed argomentata nella considerazione che il sacrificio del segreto industriale non sarebbe giustificato, essendo rimasto in ipotesi spazio per la sola domanda risarcitoria, in quanto la fornitura ha ormai avuto integrale esecuzione.

Infatti l'esecuzione del contratto non preclude certamente l'azione di risarcimento, se non in forma specifica, certamente per equivalente.

In tale prospettiva, la "dimensione strumentale" dell'accesso ai fini della difesa in giudizio (di cui all'art. 53, comma 6, Cod. proc. amm.) ne preclude una preliminare delibazione di carenza di interesse, del resto contestata dall'appellante anche mediante il richiamo alla possibilità di proporre motivi aggiunti ai sensi dell'art. 104, comma 3, Cod. proc. amm.

Appare d'altronde difficilmente revocabile in dubbio che l'impugnazione dell'aggiudicazione per illegittima attribuzione del punteggio all'offerta tecnica sia indifferente alla effettiva conoscenza dell'offerta tecnica, denegata per ragioni di riservatezza connesse al segreto industriale.

2. - Nella disamina dell'appello ritiene il Collegio di dover posporre l'ordine di declinazione dei motivi, in quanto assume rilevanza preliminare, sotto il profilo logico-giuridico, il secondo motivo rivolto avverso l'ordinanza di rigetto della domanda di ostensione documentale, incentrato sull'allegazione secondo cui la controversia sarebbe stata decisa con una indebita inversione dell'ordine di trattazione delle questioni, prima decidendo sul merito della vicenda e poi sull'istanza di accesso, ritenendone venuto meno l'interesse, nell'assunto che la parte ha fatto passare in decisione la causa, indipendentemente dalla conoscenza dei caratteri tecnici dei mezzi indicati nell'offerta dell'aggiudicataria.

Il motivo è fondato.

L'esito decisorio fatto oggetto di gravame rende evidente l'inversione logico-giuridica, in quanto l'ordinanza, pur avendo un dispositivo di reiezione dell'istanza ostensiva, nel corredo motivazionale rileva il sopravvenuto difetto di interesse a conoscere gli atti reclamati, in ragione del passaggio in decisione del ricorso contenente l'azione di annullamento.

L'appellante contesta di avere rinunciato alla decisione dell'istanza ostensiva e, d'altro canto, tale affermazione non è esplicitamente contenuta nella sentenza, né si evince dal verbale dell'udienza del 29 maggio 2019; conseguentemente non può oggettivamente desumersi

il sopravvenuto difetto di interesse alla decisione sull'accesso allorchè si chiedi la decisione di entrambe le domande.

E' agevole a questo riguardo precisare come, secondo costante giurisprudenza, l'accesso difensivo presuppone 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 (in termini Cons. Stato, V, 28 febbraio 2020, n. 1451).

Il che conferma, sul piano dei contenuti, che non poteva essere decisa l'azione impugnatoria senza delibare preliminarmente l'esistenza di siffatto nesso di strumentalità, e solo in caso di delibazione negativa, era possibile respingere la domanda ostensiva.

3. - Occorre a questo punto valutare gli effetti di tale inversione decisoria che ha dato luogo ad un vero e proprio *hysteron-proteron* nella trattazione dei motivi dedotti.

E' noto al Collegio il consolidato e condiviso indirizzo secondo cui l'omessa pronuncia su di una o più censure proposte con il ricorso giurisdizionale non configura un *error in procedendo*, tale da comportare l'annullamento della decisione, con contestuale rinvio della controversia al giudice di primo grado ai sensi dell'art. 105, comma 1, Cod. proc. amm., ma solo un vizio della impugnata sentenza che il giudice di appello è legittimato ad eliminare, integrando la motivazione carente o, comunque, decidendo sul merito della causa



(così, tra le tante, Cons. Stato, III, 2 aprile 2019, n. 2160; IV, 4 dicembre 2017, n. 5711).

Nella fattispecie controversa non è ravvisabile peraltro un'omessa pronuncia, rilevante in termini di mera violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, quanto piuttosto una elusione di tale principio e del connesso obbligo motivazionale, con chiara ricaduta sulla stessa possibilità di difesa della parte ricorrente in primo grado.

La mancata decisione, da parte del primo giudice, del ricorso avverso il diniego di accesso è venuta dunque ad inficiare il complesso corredo motivazionale della sentenza, e non un sua parte (emendabile), e pertanto la tenuta, la coerenza dell'esito decisorio, dando luogo, secondo le coordinate ermeneutiche evincibili dal precedente di cui alla sentenza di Cons. Stato, Ad. plen., 28 settembre 2018, n. 15 (ed anche di Cons. Stato, Ad. plen., 30 luglio 2018, n. 11), ad una lesione del diritto di difesa sostanziale della parte ricorrente nel primo grado di giudizio, idonea a ridondare in un'ipotesi di nullità virtuale della sentenza.

Da ciò consegue che la sentenza deve essere annullata, con rimessione della causa al primo giudice ai sensi dell'art. 105, comma 1, Cod. proc. amm.

4. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, l'appello deve essere accolto, e, per l'effetto, la sentenza va annullata, con rimessione della causa al giudice di primo grado.

Quanto alle spese di giudizio, se ne dispone la regolamentazione all'esito del giudizio di primo grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e, per l'effetto, annulla la sentenza, con rimessione della causa al giudice di primo grado.

Spese al giudizio definitivo di merito.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Stefano Fantini**

**IL PRESIDENTE**

**Luciano Barra Caracciolo**

**IL SEGRETARIO**