

Pubblicato il 28/04/2022

N. 00087/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00025/2022 REG.RIC.
N. 00033/2022 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 Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 25 del 2022, proposto da:

Dussmann Service S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Martinez e Davide Moscuza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Trento, via Calepina n. 50, presso la segreteria di questo Tribunale;

contro

Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Pisoni del Servizio Affari Generali e Legali dell'APSS, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, nonché con domicilio eletto in Trento, via Alcide Degasperi, n. 79, presso la sede del Servizio Affari Generali e Legali anzidetto;

nei confronti

quanto al ricorso numero di registro generale 25 del 2022

Società Cooperativa Italiana di Ristorazione S.C. – Cirfood S.C., in persona

del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Eugenio Dalli Cardillo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Trento, via Calepina n. 50, presso la segreteria di questo Tribunale;

sul ricorso numero di registro generale 33 del 2022, proposto da:

Serenissima Ristorazione S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Gianluca Taddeo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Trento, via Calepina n. 50, presso la segreteria di questo Tribunale;

contro

Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Pisoni del Servizio Affari Generali e Legali dell'APSS, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, nonché con domicilio eletto in Trento, via Alcide Degasperi, n. 79, presso la sede del Servizio Affari Generali e Legali anzidetto;

nei confronti

quanto al ricorso numero di registro generale 33 del 2022

- Dussmann Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, come sopra rappresentata e difesa;
- Società Cooperativa Italiana di Ristorazione S.C. – Cirfood S.C., in persona del legale rappresentante pro tempore, come sopra rappresentata e difesa;

per l'annullamento

quanto al ricorso numero di registro generale 25 del 2022

- della nota dell'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari prot. n. 12294 cod. 18.2.2.7 - 2020 del 17 gennaio 2022 recante diniego all'accesso;

quanto al ricorso numero di registro generale 33 del 2022

- della nota prot. n. 12336 del 17.01.2022 con la quale l'Azienda provinciale per i servizi sanitari della Provincia Autonoma di Trento (APSS) ha opposto un diniego parziale all'istanza di accesso alla documentazione di gara prodotta dalla Dussmann Service S.r.l.;

- della nota prot. n. 12345 del 17.01.2022 con la quale l'Azienda provinciale per i servizi sanitari della Provincia Autonoma di Trento ha opposto un diniego parziale all'istanza di accesso alla documentazione di gara prodotta dalla Società Cooperativa Italiana di Ristorazione S.C. – Cirfood S.C.;

- della nota prot. 20062 del 27.01.2022 con la quale l'Azienda provinciale per i servizi sanitari della Provincia Autonoma di Trento ha ribadito il diniego all'istanza di accesso all'offerta tecnica prodotta in gara dalla Società Cooperativa Italiana di Ristorazione S.C. e dalla Dussmann Service S.r.l.;

- ove occorrer possa, del bando di gara, del disciplinare di gara, del capitolato di gara, dei verbali di gara e di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, connesso e consequenziale ancorché non conosciuto, qualora in ipotesi preclusivo all'accesso agli atti proposto;

per l'accertamento

quanto al ricorso numero di registro generale 25 del 2022

- del diritto della ricorrente Dussmann Service S.r.l. all'accesso agli atti (offerta tecnica integrale e giustificazioni della controinteressata Cirfood s.c.), di cui all'istanza dell'11 gennaio 2022;

quanto al ricorso numero di registro generale 33 del 2022

- del diritto di accesso agli atti così come richiesto dalla Serenissima Ristorazione S.p.A. con istanza di accesso del 12.01.2022;

nonché per l'ordine di esibizione, ex art. 116 comma 4 cod. proc. amm.

quanto al ricorso numero di registro generale 25 del 2022

- della integrale offerta tecnica e delle giustificazioni relative all'offerta economica della controinteressata Cirfood s.c.

quanto al ricorso numero di registro generale 33 del 2022

- della documentazione integrale richiesta con istanza di accesso del 12.01.2022

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione nei giudizi dell'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari e delle parti rispettivamente in posizione di controinteressate nei ricorsi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 70 cod. proc. amm.;

Visto l'art. 116 cod. proc. amm.;

Visto il decreto n. 16 del 10 agosto 2021, modificato con decreto n. 18 del 21 settembre 2021 e successivamente con decreto n. 1 dell'11 gennaio 2022, del Presidente del T.R.G.A. di Trento e per quanto non diversamente disposto il suo decreto n. 24 del 31 agosto 2020;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2022, il consigliere Antonia Tassinari e uditi per Dussmann Service S.r.l., l'avvocato Davide Moscuza, per Serenissima Ristorazione S.p.A., l'avvocato Gianluca Taddeo, per Cirfood S.C., l'avvocato Eugenio Dalli Cardillo e per l'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari, l'avvocato Marco Pisoni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. L'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari (d'ora in poi APSS) – Servizio procedure di gara in ambito sanitario Trento –, con determinazione del Direttore Generale facente funzioni del 17 settembre 2020, n. 422 e con successivo bando pubblicato il 30 novembre 2020, ha indetto una procedura aperta per l'appalto del servizio di ristorazione a ridotto impatto ambientale presso l'Ospedale di Trento, il Centro Sanitario di Mezzolombardo e servizi ausiliari, suddivisa in quattro lotti e avente una durata pari a sei anni, con facoltà di rinnovo per ulteriori tre anni.

2. Gli odierni ricorsi si riferiscono entrambi al lotto 1, avente ad oggetto il “*Servizio di ristorazione presso l’Ospedale di Trento (P.O. S. Chiara, P.O. Villa Igea, Protonterapia) e il Centro Sanitario di Mezzolombardo*”, per il quale l’importo a base d’asta è pari ad euro 30.990.900 (Iva esclusa) e il cui criterio di aggiudicazione è quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base dell’attribuzione di 85 punti per l’offerta tecnica e 15 per l’offerta economica. Alla gara per tale lotto hanno partecipato cinque concorrenti: la Società Cooperativa Italiana di Ristorazione S.C. – Cirfood S.C. (in seguito Cirfood), Dussmann Service S.r.l. (in seguito Dussmann), Serenissima Ristorazione S.p.A. (in seguito Serenissima), EP S.p.A., Elixor Ristorazione S.p.A. All’esito della procedura è stata formata la graduatoria finale, nella quale Cirfood si è collocata al primo posto avendo conseguito 97,934 punti, Dussmann si è qualificata in seconda posizione con 94,550 punti mentre Serenissima si è posizionata terza con 94,371 punti. Con verbale dell’11 gennaio 2022, a seguito dell’esito positivo del giudizio di anomalia, il lotto 1 è stato aggiudicato a Cirfood.

3. Nel medesimo giorno dell’aggiudicazione, Dussmann ha indirizzato alla Stazione Appaltante un’istanza di accesso agli atti, motivata sulla base dell’assunto che “*la richiesta formulata è legittimata dal concreto ed attuale interesse della sottoscritta a conoscere, quale partecipante alla gara in oggetto, ogni elemento necessario a consentirle di tutelare giudizialmente i propri diritti ed interessi legittimi*” e avente ad oggetto l’ostensione dei seguenti atti: la documentazione amministrativa, il progetto tecnico e l’offerta economica dell’aggiudicataria e, oltre a questi, il provvedimento di nomina della commissione aggiudicatrice e i verbali di gara redatti dalla commissione aggiudicatrice, compresi quello di verifica dell’anomalia dell’offerta e le relative giustificazioni, le eventuali richieste di chiarimento e le relative risposte intercorse tra Cirfood e l’Amministrazione. L’APSS, con nota prot. n. 12294 Cod. 18.2.2.7-2020 del 17 gennaio 2022, ha riscontrato solo parzialmente l’istanza, rilasciando a Dussmann la documentazione richiesta ad esclusione di quella di tipo tecnico,

nonché di quella relativa alla verifica di anomalia in merito alle quali Cirfood (cfr. nota di Cirfood dell'8 gennaio 2021) aveva espresso il proprio diniego e ciò in quanto *“Il generico richiamo alla tutela in sede giurisdizionale contenuto nella richiesta di accesso presentata da codesta Impresa rappresenta la mera riproduzione tautologica della disposizione normativa ed è mancante di qualsiasi elemento che lo Scrivente possa valutare al fine di verificare la sussistenza dei requisiti di stretta indispensabilità della documentazione oggetto dell'istanza di accesso e coperta da diniego di accesso al fine di sostenere le proprie difese in giudizio”*.

4. Il 12 gennaio 2022 anche Serenissima ha avanzato alla Stazione Appaltante un'istanza di accesso agli atti, a sua volta motivata *“dalla necessità di poter verificare la correttezza dello svolgimento delle operazioni di gara”* ai fini dell'eventuale tutela in giudizio delle proprie ragioni e avente ad oggetto *“1. Tutto il contenuto della busta A “Documentazione Amministrativa” presentata da Cirfood s.c. e da Dussmann Service s.r.l. 2. Tutto il contenuto della busta B “Offerta Tecnica” presentata da Cirfood s.c. e Dussmann Service S.r.l. 3. Tutto il contenuto della busta C “Offerta Economica” presentata da Cirfood s.c. e Dussmann Service S.r.l. 4. Tutta la documentazione relativa alla procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta, compresa la relazione giustificativa (con eventuali allegati), presentata da Cirfood s.c. e da Dussmann Service S.r.l.”*. Con due distinte note del 17 gennaio 2022, l'APSS ha riscontrato solo parzialmente l'istanza di Serenissima. Quanto alla documentazione richiesta relativamente all'offerta di Cirfood, con la nota prot. 12345 Cod. 18.2.2.7-2020, l'APSS non ha rilasciato a Serenissima quella di tipo tecnico, nonché quella concernente la verifica di anomalia, in merito alle quali Cirfood aveva espresso il proprio diniego (cfr. nota di Cirfood dell'8 gennaio 2021) Ancora una volta l'APSS ha infatti ritenuto che *“Il generico richiamo alla tutela in sede giurisdizionale contenuto nella richiesta di accesso presentata da codesta Impresa rappresenta la mera riproduzione tautologica della disposizione normativa ed è mancante di qualsiasi elemento che lo Scrivente possa valutare al fine di verificare la sussistenza dei requisiti di stretta indispensabilità della documentazione oggetto dell'istanza di accesso e coperta da diniego di accesso al fine di sostenere le proprie difese in giudizio”*.

Quanto alla documentazione richiesta relativamente all'offerta di Dussmann, con separata nota prot. 12336 Cod. 18.2.2.7-2020, l'APSS ha negato il rilascio dell'offerta tecnica, alla cui ostensione Dussmann si era opposta (cfr. nota di Dussmann dell'11 gennaio 2021), specificando altresì che non sussisteva documentazione alcuna attinente l'anomalia dell'offerta poiché Dussmann non era stata sottoposta ad alcuna verifica al riguardo. Anche in questo caso il riscontro parzialmente negativo risulta motivato dall'insufficienza del generico richiamo alla tutela in sede giurisdizionale e dalla mancanza di qualsiasi elemento valutabile *“al fine di verificare la sussistenza dei requisiti di stretta indispensabilità della documentazione oggetto dell'istanza di accesso e coperta da diniego di accesso al fine di sostenere le proprie difese in giudizio”*. Serenissima, a mezzo di ulteriore nota del 20 gennaio 2022, ha reiterato la propria richiesta di accesso; tuttavia tale ulteriore istanza è stata nuovamente respinta da parte dell'APSS con nota del 27 gennaio 2022 prot. n. 20062.

5. Con ricorso depositato l'8 febbraio 2022 che ha acquisito il numero di registro generale 25 Dussmann ha quindi adito questo Tribunale al fine di conseguire l'accertamento del proprio diritto all'accesso agli atti non trasmessi, la condanna dell'Amministrazione alla loro esibizione e la disapplicazione e - ove occorra - l'annullamento della citata nota dell'APSS n. 12294 del 17 gennaio 2022, sollevando tre motivi di censura:

I. Sul diritto di accesso della ricorrente e sulla illegittimità del diniego opposto dall'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari. Violazione e falsa applicazione dell'art. 53 d.lgs. 50/2016, con particolare riferimento al comma 6.

Poiché ai sensi dell'articolo 53 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e secondo la prevalente giurisprudenza in capo a coloro che partecipano a procedure ad evidenza pubblica si configura, a seguito dell'individuazione dell'aggiudicatario, un generale diritto di accesso alle offerte dei concorrenti collocatisi in posizione antecedente in graduatoria, l'Amministrazione ha agito illegittimamente nel sacrificare il diritto di difesa della ricorrente a favore di un'asserita esigenza di riservatezza di Cirfood. Più precisamente, l'integrale

trasmissione dell'offerta tecnica è funzionale a verificare la corretta attribuzione dei punteggi, e ciò a maggior ragione se si considera che tra la prima e la seconda graduata vi è uno scarto di soli 3,384 punti, mentre l'esibizione delle giustificazioni fornite in sede di verifica di anomalia è volta ad appurare se l'offerta sia effettivamente realizzabile in relazione a quanto dichiarato.

II. Error in iudicando: violazione e falsa applicazione dell'art. 53, comma 5, lett. a) e comma 6, del D.lgs. n. 50 del 2016.

Nonostante il diniego opposto dall'APSS trovi fondamento nella considerazione che l'omessa esibizione è funzionale a tutelare lo specifico *know how* della Cirfood, in realtà l'atto impugnato non illustra, come viceversa richiede l'articolo 53 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, le concrete ragioni per le quali l'opposizione della controinteressata è stata accolta, ancorché l'offerta stessa risulti formulata in termini generici e sia stata giustificata da asseriti e non comprovati segreti tecnici e industriali.

III. Error in iudicando: violazione e falsa applicazione dell'art. 5, comma 2, D.lgs. n. 33 del 2013.

Stante la pacifica applicazione anche alla materia degli appalti pubblici del diritto di accesso civico generalizzato, il diniego dell'esibizione della documentazione richiesta avrebbe dovuto essere motivato sulla base della sussistenza di un nesso di causalità tra l'accesso e un concreto e reale pregiudizio derivante dall'ostensione degli atti.

6. Con memoria depositata il 9 marzo 2022, l'APSS ha in primo luogo rilevato la natura meramente esplorativa e pretestuosa del ricorso di Dussmann, e ciò in ragione della mancata impugnazione dei giudizi della Commissione tecnica nonché della dichiarazione con cui la stessa ricorrente ha affermato di non autorizzare *“la stazione appaltante a rilasciare copia integrale dell'offerta tecnica e delle giustificazioni?”* *“qualora un partecipante alla gara eserciti la facoltà di accesso agli atti?”*.

Nel merito, l'Amministrazione ha difeso la correttezza del proprio operato richiamando le norme che al riguardo limitano il diritto di accesso e ha

evidenziato che l'istanza d'accesso di Dussmann è generica poiché non reca una specifica e adeguata illustrazione delle ragioni per le quali la conoscenza dei documenti richiesti le sarebbe strettamente indispensabile per la tutela in giudizio della propria posizione giuridica. L'APSS ha poi osservato che il diniego è finalizzato a tutelare lo specifico *know how* della controinteressata Cirfood, il quale per poter essere sacrificato nel necessario giudizio di bilanciamento tra i contrapposti interessi in gioco, avrebbe dovuto trovare, dall'altro lato, un'istanza di accesso puntualmente motivata quanto alla strumentalità tra la documentazione richiesta e le esigenze difensive dell'istante. In ogni caso, ad avviso dell'Amministrazione, la ricorrente avrebbe ben potuto articolare le proprie difese in giudizio anche esclusivamente sulla base dei verbali della Commissione tecnica, dai quali è possibile ricavare le valutazioni espresse e le loro motivazioni.

7. La controinteressata Cirfood, a mezzo della memoria del 5 aprile 2022, ha anch'essa sottolineato la pretestuosità e la contraddittorietà dell'agire di Dussmann, la quale pretende l'integrale esibizione dell'offerta dell'aggiudicataria nonostante essa stessa, con apposita dichiarazione, abbia vietato *in toto* l'ostensione della propria offerta agli altri concorrenti. Ha poi osservato che si tratterebbe di ricorso meramente esplorativo, atteso che la società ricorrente non ha dimostrato una concreta esigenza difensiva, non avendo impugnato nei termini il provvedimento di aggiudicazione.

8. Con memoria di replica del 6 aprile 2022 Dussmann ha rammentato di aver inoltrato una nota datata 30 marzo 2022, con cui ha informato l'APSS, Cirfood e Serenissima di "*non aver più nulla da opporre alla ostensione completa della propria documentazione, ma solo ed esclusivamente a condizione di reciprocità: ossia solo se codesta Amministrazione conceda contestualmente l'accesso agli atti di CIR e di Serenissima*". Nel merito ha ribadito la prevalenza dell'accesso difensivo sulla tutela alla riservatezza e l'inidoneità dei verbali della Commissione a fornire gli elementi necessari per agire in sede giurisdizionale.

9. Con ricorso depositato il 16 febbraio 2022 che ha acquisito il numero di registro generale 33 anche Serenissima ha adito questo Tribunale per il riconoscimento del diritto all'accesso agli atti richiesti, nonché la condanna dell'Amministrazione alla loro esibizione e l'annullamento delle note di diniego dell'APSS prot. n. 12336 del 17 gennaio 2022, prot. n. 12345 del 17 gennaio 2022 e prot. n. 20062 del 27 gennaio 2022, per il seguente unico motivo di diritto:

I. Violazione dell'art. 97 della Costituzione. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 53 del d. lgs. n. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione degli art. 22 e ss. della l. n. 241/1990 - Eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto di motivazione, illogicità manifesta.

Le giustificazioni addotte dalle controinteressate Dussmann e Cirfood al fine di manifestare la loro opposizione all'ostensione dei documenti richiesti risultano non solo prive di una reale motivazione e tautologiche, poiché non viene chiarito quali siano i segreti tecnici o commerciali da tutelare, ma risultano allo stesso tempo anche perfettamente sovrapponibili sotto l'immediato profilo testuale, essendo al riguardo utilizzate da entrambe le medesime parole. Tuttavia in assenza dei documenti richiesti non è possibile conoscere le criticità delle offerte delle prime due graduate al fine di poter difendere in giudizio i propri interessi.

10. Con memoria depositata il 16 marzo 2022 l'APSS ha evidenziato profili analogamente prospettati nel ricorso n. 25. A dire dell'Amministrazione anche il ricorso di Serenissima risulta pretestuoso per avere contestato l'opposizione manifestata da Cirfood e da Dussmann all'ostensione, pur avendo anche la stessa ricorrente formulato a sua volta una dichiarazione di diniego di fatto coincidente con quelle delle controinteressate. Nel merito, l'APSS ha poi contestato l'istanza di accesso in quanto priva di una concreta e reale motivazione circa l'esigenza di rendere ostensibili gli atti richiesti e carente dell'indicazione del requisito della stretta indispensabilità della documentazione al fine della tutela in sede giudiziale della propria posizione

giuridica. Nonostante ciò, l'APSS ha comunque riscontrato parzialmente la richiesta, oscurando solamente le parti per le quali le controinteressate avevano manifestato il diniego all'accesso. In ogni caso, ad avviso dell'Amministrazione, anche Serenissima avrebbe potuto formulare le proprie difese in giudizio sulla base dei verbali della Commissione tecnica.

11. Dussmann il 30 marzo 2022 ha depositato la propria memoria difensiva, a mezzo della quale ha dichiarato di condividere le contestazioni mosse dalla ricorrente Serenissima e di non opporsi all'ostensione della propria documentazione, subordinandola, tuttavia alla reciproca esibizione degli atti di Cirfood e di Serenissima: tali considerazioni sono state rese note alla Stazione Appaltante e alle due altre società menzionate con apposita comunicazione PEC.

12. Con memoria del 4 aprile 2022, Serenissima ha replicato ad APSS, imputandole di non aver reso ostensibile tutta la documentazione necessaria per un eventuale giudizio di impugnazione dell'aggiudicazione nonostante le controinteressate avessero fornito motivazioni generiche a sostegno del diniego: così facendo, l'Amministrazione avrebbe violato l'articolo 53, comma 5, lettera a) del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 che, da un lato, impone alle imprese di comprovare la sussistenza dei segreti tecnici e industriali e, dall'altro, non grava gli operatori economici dell'onere di dimostrare la stretta strumentalità degli atti richiesti. Ad avviso di Serenissima, anche il comma 6 del predetto articolo 53 sarebbe stato violato, atteso che la Stazione Appaltante non è tenuta a svolgere un'operazione di bilanciamento di interessi e, anche qualora ciò fosse richiesto, l'Azienda non ha in ogni caso fornito la prova di averlo effettivamente realizzato. Da ultimo, la ricorrente ha chiesto a questo Tribunale di condannare Dussmann alla rifusione delle spese di lite, poiché quest'ultima, opponendo il proprio diniego, ha nella specie costretto la parte ricorrente ad agire in giudizio, salvo poi affermare di dividerne le censure; inoltre, sempre ad avviso di Serenissima, Dussmann, che non avrebbe mai presentato un'istanza di accesso relativamente all'offerta

di Serenissima, non avrebbe un interesse attuale all'esibizione dei documenti della medesima Serenissima, nei riguardi della quale non è neanche legittimata a proporre alcuna azione.

13. Cirfood, a sua volta, ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso per due ragioni: poichè proposto in violazione del divieto di impugnare con un unico atto due o più distinti provvedimenti, nonché in quanto notificato quando era già spirato il termine per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione della gara. Nel merito ha, dapprima, contestato il carattere pretestuoso del ricorso, ritenendo che qualora Serenissima avesse avuto una reale esigenza difensiva, avrebbe dovuto impugnare l'aggiudicazione e, in seguito, ha evidenziato che la ricorrente è comunque incorsa in un atteggiamento contraddittorio, pretendendo l'ostensione della medesima tipologia di atti per i quali lei stessa aveva manifestato un'opposizione all'esibizione. Cirfood, infine, ha difeso l'operato della Stazione Appaltante, affermando che essa, correttamente, non ha esibito le sole parti che contengono effettivamente informazioni relative al *know how* aziendale.

14. Con memoria di replica del 6 aprile 2022, Dussmann ha precisato che, per la verità, la contestata apposita istanza di accesso è stata presentata a mezzo della già citata nota del 30 marzo 2022 e che, in data 6 aprile 2022, l'Amministrazione ha parzialmente dato riscontro positivo alla stessa. Inoltre ha rilevato che la necessità di conoscere anche la documentazione di Serenissima deriva dalla necessità di contestare l'aggiudicazione nella sua totalità, con la conseguente possibilità di esperire al riguardo un eventuale ricorso incidentale.

15. Serenissima, con memoria di replica del 10 aprile 2022, ha contestato le censure di inammissibilità sollevate dalla Cirfood e, in replica a quanto sostenuto dalla seconda graduata Dussmann, ha osservato che quest'ultima non ha un interesse attuale all'ostensione della documentazione della terza graduata e che non è legittimata a proporre alcuna azione rispetto a chi la

segue in graduatoria. Serenissima ha, inoltre, rilevato che il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla conoscenza del contenuto degli atti, e ciò proprio al fine di evitare la proposizione di un ricorso “*al buio*”.

16. Alla udienza pubblica del giorno 21 aprile 2022, i ricorsi sono stati entrambi trattenuti in decisione.

DIRITTO

I) In via preliminare il Collegio ritiene che sussistano evidenti ragioni di connessione tali da giustificare, ai sensi dell'art. 70 cod. proc. amm. ed altresì per motivi di economia processuale, la riunione dei due ricorsi numero di registro generale 25 e 33 in epigrafe indicati. Infatti non solo la vicenda vede coinvolti i medesimi soggetti, vale a dire le imprese collocatesi ai primi tre posti della graduatoria della gara, nonostante le imprese medesime assumano nei giudizi posizioni invertite, quali ricorrenti o controinteressate ma, soprattutto, la *quaestio iuris* sulla quale questo giudice è chiamato a pronunciarsi è la medesima, benché gli atti censurati siano distinti. In altri termini, le domande avanzate nei due ricorsi assumono il medesimo contenuto e si fondano sui medesimi presupposti di fatto e di diritto, così come vengono dedotte nei due ricorsi in epigrafe censure sostanzialmente omologhe

II) La connessione, accertata nei termini che precedono a riguardo dei ricorsi, cioè per quanto attiene al medesimo *thema decidendum*, giustifica non solo la disposta riunione dei due giudizi ma vale pure ad escludere la fondatezza dell'eccezione di inammissibilità sollevata dall'aggiudicataria Cirfood con riferimento al ricorso n. 33, il quale – secondo la prospettazione di tale parte controinteressata - violerebbe il divieto di proporre ricorsi cumulativi. Invero, secondo una consolidata giurisprudenza ciò che giustificherebbe la riunione dei ricorsi legittima pure il ricorso cumulativo (cfr., ad es., Cons. giust. amm. Sicilia, 1 marzo 2022, n. 269; Cons. St. Ad. Plen. 25 febbraio 2015 nr. 5; conf. Cons. St., Sez. IV 26 agosto 2014 nr. 3277; Cons. St., Sez. V, 27 gennaio 2014

nr. 398). Ebbene, nel caso di specie, Serenissima, pur avversando più provvedimenti di diniego della Stazione appaltante, deduce coincidenti motivi di ricorso i quali, per se stanti, sostanziano indubitabili elementi di connessione, tali da legittimare, qualora proposti con separati ricorsi, la riunione dei medesimi. Ne consegue la reiezione dell'eccezione di inammissibilità *de qua*.

III) Anche la seconda censura di inammissibilità prospettata nell'ambito del ricorso n. 33 da Cirfood, avente ad oggetto la pretesa tardività del ricorso per mancata impugnazione dell'aggiudicazione nel termine di 30 giorni, non coglie nel segno. In primo luogo si osserva che la "*difesa in giudizio*" - postulata dall'art. 53, comma 6, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 quale eccezione (all'eccezione di esclusione) che consente l'accesso cosiddetto difensivo del concorrente alle informazioni contenute nelle offerte degli altri concorrenti pure nell'ipotesi di comprovati segreti tecnici e commerciali – non si traduce unicamente nella tutela impugnatoria ai fini caducatori (soggetta allo stringente termine decadenziale dimezzato). L'azione di annullamento, infatti, non esaurisce lo spettro delle forme di difesa in giudizio del concorrente non aggiudicatario, ben potendo, anche nella stessa sede di giurisdizione amministrativa, azionarsi l'autonoma e concorrente tutela risarcitoria nel più ampio *spatium temporis* per essa previsto dall'art. 30 c.p.a. D'altra parte della locuzione "*difesa in giudizio*" "*deve esser data un'opzione ermeneutica non restrittivo-limitativa, ma al contrario ampliativo-estensiva, nel senso appunto di ricondurre al concetto di "difesa in giudizio" degli interessi del concorrente, in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito del quale viene formulata la richiesta di accesso, come comprensiva di ogni forma di tutela delle proprie posizioni giuridiche*" (TAR Campania, Napoli, Sez. VI, 7 maggio 2019, n. 2449; TAR Valle d'Aosta, 5 giugno 2017, n. 34). Tuttavia, anche a prescindere da quanto precede, rilevano precipuamente nel caso in esame gli approdi più recenti della giurisprudenza, secondo i quali il tempo necessario per accedere alla documentazione presentata dall'aggiudicatario non è irrilevante tanto che, in particolare, "*la*

proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta' (Cons. Stato, Ad. Plen., 2 luglio 2020, n. 12). Non va sottaciuto che tale “*dilazione temporale*” (ossia quella sorta di proroga in base al quale il termine decadenziale di trenta giorni “*slitta in avanti*”) non si concretizza in una proroga di soli 15 giorni, come ipotizzato dalla difesa di Cirfood, atteso che la Stazione Appaltante nella fattispecie in esame non ha rilasciato in forma integrale (illegittimamente, come si dirà in seguito) la documentazione richiesta, bensì comporta che il termine di impugnazione decorra dalla data di ostensione dell'offerta tecnica e dei suoi giustificativi. Per inciso, va pure evidenziato, relativamente alla decorrenza dei termini per la presentazione del ricorso, che la giurisprudenza del giudice di secondo grado non ritiene neppure rilevante il tempo impiegato per presentare la richiesta di accesso in quanto “*non sembra essere un portato necessario dei principî affermati dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato nella sentenza n. 12 del 2 luglio 2020 e non pare del tutto compatibile con il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale riconosciuto dal diritto nazionale (art. 24 Cost.) ed europeo in materia di ricorsi relativi agli appalti pubblici*” (Cons. St., Sez. III, 15 marzo 2022 n. 1792). In realtà, la suddetta pronuncia dell'Adunanza Plenaria ha abbandonato la tesi della necessità della previa proposizione di un ricorso “*al buio*” cui dovrebbe seguire la proposizione di motivi aggiunti: tesi che, per l'appunto, invece rappresenta proprio l'argomento sotteso all'eccezione di inammissibilità sollevata da Cirfood. Posto ciò, nel caso di specie Serenissima non avrebbe invero potuto impugnare l'aggiudicazione prima di poter conoscere il contenuto degli atti oggetto dell'istanza di accesso, pena il rischio di presentare un ricorso “*al buio*”, e quindi, presumibilmente privo di qualsiasi utilità per l'operatore economico e - semmai - fonte per esso di un inutile sperpero di risorse. Anche l'eccezione di inammissibilità in esame va dunque respinta.

IV) Per quanto attiene il merito entrambi i ricorsi per le ragioni e nei termini che seguono risultano fondati e meritano pertanto accoglimento.

V) Non sfugge invero al Collegio la possibile pretestuosità delle domande di accesso agli atti presentate all'APSS da Dussmann e da Serenissima, e cioè dagli operatori economici collocatisi al secondo e al terzo posto della graduatoria relativa al lotto 1 della gara avente ad oggetto il servizio di ristorazione presso l'Ospedale di Trento e il Centro sanitario di Mezzolombardo, aggiudicato a Cirfood. Tale pretestuosità, che attiene all'intento di procrastinare il termine per impugnare l'aggiudicazione ovvero di rinvenire le ragioni per proporre impugnazione o, ancora, di conoscere i segreti tecnici o commerciali degli altri offerenti, è stata ripetutamente evocata e, purtuttavia, non provata anche dalle controparti, ma non configura un profilo sufficiente, quantomeno allo stato attuale della controversia, per apprezzare negativamente le domande avanzate da Dussmann e Serenissima ex art. 116 cod. proc. amm. e, del pari, al fine di determinare ulteriori e diversi effetti.

VI) Vale inoltre evidenziare che oltre a Cirfood, pure Dussmann e finanche Serenissima hanno dichiarato in sede di gara - e, dunque, precedentemente alle domande di accesso per cui è ora causa - di opporsi. in particolare all'ostensione delle rispettive offerte tecniche: in sostanza ora pretendendo dagli altri ciò che, relativamente a loro stesse, non intendevano concedere. Ed è in particolare alla luce di tali mere dichiarazioni rese contestualmente alla presentazione delle offerte che l'APSS ha ritenuto la sussistenza, nelle offerte medesime, di informazioni costituenti segreti tecnici o commerciali, negando pertanto a Dussmann e a Serenissima il richiesto accesso. In proposito va peraltro considerato che, mentre la conoscenza delle offerte tecniche di Dussmann e soprattutto di Cirfood costituisce effettivamente motivo di interesse, altrettanto non può affermarsi - quantomeno allo stato attuale - relativamente all'offerta della terza graduata Serenissima. Pertanto, anche a voler considerare motivata e comprovata la dichiarazione circa la sussistenza

di segreti tecnici o commerciali resa da Serenissima, come la stessa pretenderebbe, la circostanza assume una rilevanza del tutto relativa. Ciò anche in quanto la condizione di reciprocità all'esibizione degli atti oltre che di Cirfood, anche di Serenissima - cui Dussmann subordina la dichiarazione di non opposizione, da ultimo formulata con nota 30 marzo 2022 - risulta evidentemente irrituale quale istanza di accesso e, *a fortiori*, quale domanda ex art. 116 cod. proc. amm. Invero, giammai un'*actio ad exhibendum* relativa all'offerta di Serenissima ha costituito oggetto di alcun ricorso. E in ogni caso, la circostanza non vale a sopperire all'inattualità dell'interesse a conoscere l'offerta di Serenissima da parte di Dussmann.

VII) Giova a questo punto rilevare che i ricorsi in esame hanno entrambi ad oggetto, come *expressis verbis* emerge dalle istanze di accesso agli atti, l'istituto del cosiddetto accesso difensivo, la cui peculiarità consiste nell'essere preordinato all'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale in senso lato da parte di colui che richiede all'Amministrazione l'ostensione degli atti, ed è disciplinato, in termini generali, dall'articolo 32 bis, comma 2, della legge provinciale 30 novembre 1992, n. 23 e dall'articolo 24, comma 7, della legge 7 agosto 1990, n. 241. Nella specifica materia degli appalti pubblici, invece, l'accesso difensivo – o, per meglio, dire l'accesso documentale propedeutico alla miglior tutela delle proprie ragioni in giudizio - trova la sua specifica disciplina nell'articolo 53 del Codice dei contratti pubblici approvato con d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016 e, in particolare nel comma 5, secondo cui “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 ...” e nel comma 6, a mente del quale “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”. Dalla lettura delle disposizioni da ultimo richiamate si

evinces pertanto che, nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, il diritto all'accesso difensivo si contrappone al diritto alla riservatezza aziendale riconosciuto al soggetto controinteressato, i cui atti formano l'oggetto della richiesta di accesso. Si tratta di disposizioni comunque del tutto coerenti con l'art. 24 comma 6, lett. d), della legge n. 241 del 1990, relativo a casi di sottrazione all'accesso *“quando i documenti riguardano la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono;”*. Si rileva che il comma 5 del citato art. 53 tutela sostanzialmente il *know how* delle imprese, vale a dire *“l'insieme del “saper fare” e delle competenze ed esperienze, originali e tendenzialmente riservate, maturate ed acquisite nell'esercizio professionale dell'attività industriale e commerciale e che concorre a definire e qualificare la specifica competitività dell'impresa nel mercato aperto alla concorrenza. Si tratta, del resto, di beni essenziali per lo sviluppo e per la stessa competizione qualitativa, che sono prodotto patrimoniale della capacità ideativa o acquisitiva della singola impresa e cui l'ordinamento, ai fini della corretta esplicazione della concorrenza, offre tutela di loro in quanto segreti commerciali: cfr. artt. 98 e 99 D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 - Codice della proprietà industriale (in tal senso, cfr. le citate pronunce del Consiglio di Stato n. 64/2020 e n. 6463/2020)”* (TAR Lazio, Roma, Sez. III, 22 settembre 2021, n. 9878).

VIII) L'accesso difensivo è stato oggetto di un'articolata elaborazione giurisprudenziale circa l'ampiezza e i limiti della sua applicazione e, pur nel riconoscimento della necessità di tutelare anche il concorrente i cui atti sono oggetto di esibizione, l'orientamento maggioritario in giurisprudenza tende ad accordare priorità all'accesso, proprio perché avente carattere difensivo, rispetto alla tutela della riservatezza. Anche secondo recenti arresti di questo Tribunale *“lo specifico diritto di accesso accordato dal legislatore per esigenze difensive si connota per l'ampia latitudine, attesa la prevalenza che esso assume anche rispetto ad altri contrapposti interessi; e tale caratteristica trova fondamento nei principi costituzionali sul*

diritto alla difesa in giudizio di cui costituisce corollario. In particolare, le prospettate esigenze defensionali sono considerate preminenti indipendentemente dalla fondatezza, nel merito, delle ragioni da “curare” ovvero “difendere” (cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, n. 1742/2019; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, n. 5300/2019), nonché dalla concreta rilevanza ai fini del giudizio dei documenti individuati dall'interessato in funzione della propria strategia difensiva in sede giurisdizionale (T.R.G.A, n. 108/2018; C.d.S., sez. VI, n. 6764/2019)” (cfr. TRGA Trentino Alto-Adige Südtirol, Trento, 18 ottobre 2021, n. 164; in termini TRGA Trentino Alto-Adige Südtirol, Trento, 26 giugno 2020, n. 95)

IX) Tenuto conto della cornice normativa e delle coordinate ermeneutiche che precedono, va allora *in primis* sottolineato che né la dichiarazione di opposizione all'ostensione resa in corso di gara da Cirfood (cfr. nota dell'8 gennaio 2021) né quella nella medesima circostanza formulata da Dussmann (cfr. nota dell'11 gennaio 2021) recano in realtà alcuna puntuale motivazione circa la sussistenza di segreti tecnici o commerciali, i quali tantomeno vengono concretamente comprovati nella loro materiale sussistenza: e ciò, dunque, in violazione dell'art. 53, comma 5, del Codice dei contratti pubblici e del principio secondo il quale *“è necessario che le parti dell'offerta che contengano detti segreti siano indicate, motivate e comprovate da una espressa dichiarazione dell'offerente, contenuta nell'offerta stessa. Tale dichiarazione costituisce un onere per l'offerente che voglia mantenere riservate e sottratte all'accesso tali parti dell'offerta”* (TAR Valle d'Aosta, 5 giugno 2017, n. 34).

L'identica formulazione delle motivazioni rispettivamente opposte dalle due offerenti (*“Le motivazioni di tale diniego sono così riassumibili: il progetto tecnico contiene elementi caratteristici dell'Azienda realizzati avvalendosi dell'esperienza pregressa e pertanto rappresenta la messa in opera del proprio specifico “Know How”, pacificamente riconosciuto come patrimonio aziendale, la cui riservatezza è oggetto della massima tutela. La diffusione di questi elementi rappresenterebbe quindi una indebita e gravemente dannosa pubblicizzazione del patrimonio, delle conoscenze, della capacità e della professionalità di CIR food s.c. (/Dussmann) tali da pregiudicarne la successiva utilizzabilità, poiché gli*

stessi non avrebbero più il carattere dell'originalità, con evidenti danni per la scrivente?")

viepiù testimonia che si tratta di una dichiarazione generica, di mero stile e tautologica rispetto alla disposizione del comma 5 lettera a) dell'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016. D'altra parte, le ragioni su cui si fondano le opposizioni di Cirfood e Dussmann, pur per sé stanti inidonee ad illustrare quali siano gli specifici segreti tecnici e professionali che meritano di essere tutelati sino al punto da escludere l'accesso agli atti asseritamente rappresentativi di tale *know how*, nondimeno vengono riprese in via del tutto acritica dall'Amministrazione. In tal modo, quindi, l'illegittimità dei provvedimenti di diniego impugnati discende non solo dal fatto che Cirfood e Dussmann si sono limitate ad esprimere affermazioni indefinite, prive di un reale contenuto esplicativo, bensì anche - e soprattutto - dalla circostanza che l'APSS ha fatto proprie tali affermazioni, aderendovi in maniera acritica e in termini generici, e quindi in violazione del principio per cui *"Spetta all'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 (T. A. R. Campania – Napoli, Sez. II, 30 gennaio 2020, n. 437)"* (TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 2 marzo 2021, n. 572). In particolare, va evidenziato che in materia di opposizione all'ostensione formulata in termini generici, il T.A.R. di Milano con la sentenza sopra richiamata, ha accolto la domanda di accesso alle giustificazioni e all'offerta tecnica, osservando che *"l'opposizione (parziale) della controinteressata all'ostensione dei documenti richiesti dalla ricorrente ... è articolata in termini generici ("L'offerta tecnica presentata da xxxxx contiene infatti alcune informazioni riservate sulla nostra azienda la cui diffusione pregiudicherebbe la sfera dei nostri interessi economici, finanziari, industriali e professionali anche e soprattutto nell'ottica delle gare future")*, senza alcun preciso riferimento, ad esempio, alle caratteristiche dell'oggetto dell'appalto o alle particolarità dell'offerta proposta, non assolvendo così all'onere di motivazione di cui all'art. 53 comma 5 lett. a) del D.lgs. 50/2016. In altri termini

l'opposizione si è risolta in una mera perifrasi di stile sulla quale la stazione appaltante non ha svolto alcuna autonoma valutazione, aderendo sostanzialmente in modo acritico ai rilievi formulati (appunto in termini generici) dall'aggiudicataria". E ancora "La normativa in materia di accesso agli atti, lungi dal rendere i controinteressati arbitri assoluti delle richieste che li riguardano, rimette sempre all'Amministrazione destinataria della richiesta di accesso il potere di valutare la fondatezza della richiesta stessa, anche in contrasto con l'opposizione eventualmente manifestata dai controinteressati." (cfr. sul punto, ad es., anche T.A.R. Toscana, Sez. I, n. 1543/2014).

Dell'irrilevanza dell'eventuale correttezza della dichiarazione di opposizione di Serenissima si è già dato conto.

Non va poi sottaciuto che l'APSS, replicando all'istanza di accesso di Dussmann e Serenissima, ha per parte propria affermato la genericità del richiamo alla tutela in sede giurisdizionale nonché la mancanza di elementi per poter verificare la sussistenza dei requisiti di stretta indispensabilità della documentazione richiesta al fine della difesa in giudizio. Ma, a tacere del fatto che, contrariamente a quanto sostenuto dall'Amministrazione, senza le offerte tecniche e le giustificazioni dell'anomalia i soli verbali di gara non sarebbero invero sufficienti a consentire a Dussmann e Serenissima di avere piena contezza dei profili di criticità dei punteggi attribuiti e dell'aggiudicazione disposta, va rilevato che in ogni caso il giudizio di stretta strumentalità tra gli atti richiesti e il fine difensivo *"deve esperirsi ex ante ed in astratto, e non presuppone dunque una valutazione di merito circa la effettiva utilità dei documenti (peraltro non conosciuti neppure da questo Giudice) in relazione all'accoglimento delle pretese fatte valere in giudizio"* (TRGA Trentino Alto-Adige Südtirol, Trento, 13 aprile 2021, n. 49. In termini, Cons. Stato, Ad. Plen., 18 marzo 2021, n. 4; TRGA Trentino Alto-Adige Südtirol, Trento, 18 novembre 2020, n. 190).

X) Se in ragione di quanto precede risultano allora fondati il primo e il secondo motivo del ricorso n. 25 nonché l'unico motivo del ricorso n. 33, non altrettanto può dirsi quanto all'istituto dell'accesso civico generalizzato di cui al terzo motivo del ricorso n. 25, della cui mancata applicazione al caso di

specie Dussmann si duole. In proposito vale evidenziare che nella vicenda che ci occupa sia Dussmann, sia Serenissima hanno inteso espressamente ed inequivocabilmente rivolgere l'interesse ostensivo per fini defensionali e allo specifico profilo documentale che, per l'appunto, la pubblica amministrazione ha poi esaminato e valutato nell'esercizio del proprio potere. Tale circostanza rileva al fine di precludere al Giudice amministrativo di accertare la sussistenza del diritto del richiedente secondo i più ampi parametri di legittimazione attiva stabiliti dalla disciplina dell'accesso civico generalizzato, applicabile anche agli atti delle procedure di gara e all'esecuzione dei contratti pubblici di cui all'art. 5, comma 2, del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 e all'art. 4 della l.p. 30 maggio 2014, n. 4, stante l'impossibilità di convertire, in sede di ricorso giurisdizionale, il titolo dell'accesso rappresentato all'amministrazione sotto l'uno o l'altro profilo (cfr. C.d.S., A.P. n. 10/2020; C.d.S., sez. V, n. 5503/2019; C.d.S., sez. IV, n. 1406/2017). Infatti, solo se l'istanza di accesso è stata formulata in modo generico o cumulativo dal richiedente, senza riferimenti ad una specifica disciplina, l'Amministrazione ha il potere-dovere di esaminare l'istanza medesima anche alla stregua della normativa dell'accesso civico generalizzato, non invece se l'interessato, come nel caso di specie, *“abbia inteso fare esclusivo, inequivocabile, riferimento alla disciplina dell'accesso documentale, nel qual caso l'istanza va esaminata solo con specifico riferimento ai profili della L. 7 agosto 1990, n. 241, senza che il giudice amministrativo, che venga adito ai sensi dell'art. 116 del D.Lgs. n. 104/2010, possa mutare il titolo dell'accesso definito dall'originaria istanza”* (C.d.S., sez. V, n. 2050/2021). Il terzo motivo di doglianza del ricorso n. 25, che attiene all'accesso civico, è pertanto infondato.

XI) Per concludere non vi è ragione per sacrificare, come avvenuto nella fattispecie in esame con i provvedimenti impugnati a mezzo degli odierni ricorsi riuniti (note dell'APSS del 17 gennaio 2022 prot. n. 12294, 12336, 12345 e del 27 gennaio 2022 prot. n. 20062), il diritto di accesso defensionale di cui - si badi - normativamente viene prevista l'esclusione solo qualora vi sia l'esigenza di tutelare motivati e comprovati segreti tecnici o commerciali che,

nella fattispecie di cui è causa, sono viceversa rimasti - come si è detto - indimostrati. Ribadito che i documenti richiesti con i due ricorsi in epigrafe possono invece effettivamente rivelarsi funzionali a dispiegare difese in un eventuale giudizio, i ricorsi medesimi, previa riunione vanno accolti e va conseguentemente affermato il diritto delle parti rispettivamente ricorrenti all'accesso defensionale di cui è causa e disposto l'annullamento della nota dell'APSS del 17 gennaio 2022 prot. n. 12294 impugnata con il ricorso n. 25 e delle note dell'APSS del 17 gennaio 2022 prot. n. 12336, 12345 e del 27 gennaio 2022 prot. n. 20062 impuginate con il ricorso n. 33. Conseguentemente, ai sensi dell'art. 116, comma 4, cod. proc. amm., deve essere altresì ordinata all'APSS di consentire, entro trenta giorni dalla notificazione o (se anteriore) dalla comunicazione della presente sentenza, l'accesso integrale tramite esibizione ed estrazione di copia, a spese dei ricorrenti Dussmann e Serenissima, degli atti richiesti rispettivamente con istanza di accesso dell'11 gennaio 2022 e del 12 gennaio 2022. Non può essere invece disposto l'annullamento del bando di gara, del disciplinare di gara, del capitolato di gara, dei verbali di gara e di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, connesso e consequenziale, come richiesto nel ricorso n. 33, atteso che avverso tali atti la ricorrente Serenissima non ha mosso alcuna specifica contestazione e che una loro eventuale caducazione non inciderebbe in ogni caso sul diritto all'accesso da essa nella specie azionato.

XII) Per ragioni di mera completezza, si ribadisce poi che il Collegio ritiene di non poter ordinare l'accesso di Dussman agli atti di Serenissima nonostante la condizione di reciprocità da Dussmann stessa apposta al consenso all'ostensione da ultimo espresso. Come si è detto, nessuna domanda ex art. 116 cod. proc. amm. è mai stata avanzata in tal senso quale oggetto di ricorso e, per il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c. al giudice amministrativo è impedito di emettere una statuizione che non trovi correlazione nella domanda proposta in giudizio. Piuttosto, non vi è

chi non veda la pretestuosità e il carattere meramente esplorativo della irrituale istanza di Dussmann, prospettata tra l'altro in una memoria difensiva non notificata alle controparti, atteso che se la medesima Dussmann avesse effettivamente necessitato di tali atti, avrebbe instaurato un apposito ricorso finalizzato al loro accesso.

XIII) È infine appena il caso di rilevare, ed è considerazione conclusiva, che il giudizio in materia di accesso, pur seguendo lo schema impugnatorio, è sostanzialmente rivolto all'accertamento della sussistenza - o meno - del diritto dell'istante all'accesso medesimo. In tal senso esso è dunque un "*giudizio sul rapporto*", come del resto si evince dall'art. 116, comma 4, comma 4, cod. proc. amm. secondo cui il giudice, sussistendone i presupposti "*ordina l'esibizione dei documenti richiesti*". Tuttavia il giudizio sul rapporto e la sede di giurisdizione esclusiva - ma non, si badi, anche di merito - in cui esso si svolge, non sono ragioni sufficienti per un esame di questo rapporto che avvenga sostanzialmente davanti al giudice. La composizione degli interessi, secondo la tecnica del bilanciamento, deve essere infatti compiuta da parte del soggetto pubblico competente, *in primis* - sempre e comunque - nel procedimento, senza alcuna inversione tra quest'ultimo e il processo.

XIV) Sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Tribunale regionale di giustizia amministrativa della Regione autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol, sede di Trento, definitivamente pronunciando sui ricorsi n. 25 e 33 in epigrafe indicati, previa riunione dei medesimi, li accoglie nei sensi di cui in motivazione e per l'effetto:

- accerta e dichiara il diritto delle ricorrenti all'accesso defensionale di cui è causa;
- annulla i provvedimenti impugnati ad eccezione del bando, del disciplinare, del capitolato e dei verbali di gara;
- ordina all'APSS di rendere integralmente disponibili a Dussmann e Serenissima gli atti da esse richiesti rispettivamente con istanza di accesso

dell'11 gennaio 2022 e del 12 gennaio 2022.

Spese compensate.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Fulvio Rocco, Presidente

Carlo Polidori, Consigliere

Antonia Tassinari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Antonia Tassinari

IL PRESIDENTE
Fulvio Rocco

IL SEGRETARIO