

N. 06136/2011REG.PROV.COLL.
N. 10834/2010 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 10834 del 2010, proposto dalla Serenissima Ristorazione Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Andrea Manzi e Mario Calgaro, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via F. Confalonieri 5;

contro

Sodexo Italia Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Maria Alessandra Sandulli, Massimo Falsanisi e Roberto Invernizzi, con domicilio eletto presso la prima in Roma, corso Vittorio Emanuele II 349;

nei confronti di

Ulss 12 Veneziana;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. VENETO – VENEZIA, SEZIONE

I, n. 06069/2010, resa tra le parti, concernente
AGGIUDICAZIONE GARA PER SERVIZIO DI
RISTORAZIONE COLLETTIVA - RISARCIMENTO DANNI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Sodexho Italia Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 ottobre 2011 il Cons.
Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati Manzi, Invernizzi e
Sandulli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso al T.A.R. per il Veneto la Sodexo S.p.a., avendo partecipato alla procedura concorsuale ad evidenza pubblica indetta dall'ASL n. 12 Veneziana con base d'asta pari a € 8.700.000,00 per l'affidamento del servizio di ristorazione per i pazienti ricoverati presso il Presidio ospedaliero di Venezia e per i dipendenti della stessa ASL, commessa della durata di 1095 giorni (prorogabili di ulteriori 365) da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, impugnava la deliberazione n. 508 del 13.5.2010 con cui l'ASL aveva aggiudicato la gara a Serenissima Ristorazione S.p.a., anziché escluderla dalla procedura per violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006.

La ricorrente, che si era classificata al secondo ed ultimo posto della graduatoria di gara, domandava altresì l'accesso agli atti relativi all'offerta tecnica di Serenissima Ristorazione S.p.a. (di seguito, semplicemente "la Serenissima") ed il risarcimento del danno in forma specifica.

Resistevano all'impugnativa la stazione appaltante e la controinteressata.

Il Tribunale adito, con decisione succintamente motivata ai sensi degli artt. 120 e 74 C.P.A., accoglieva il gravame, reputando fondata la doglianza di violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 per la omessa presentazione, da parte della controinteressata, di una dichiarazione attestante la sussistenza dei requisiti morali e professionali delle persone fisiche di quattro suoi dipendenti muniti di poteri di rappresentanza. Il Tribunale annullava quindi l'aggiudicazione, statuendo che la società ricorrente avrebbe dovuto essere dichiarata aggiudicataria della gara, con il suo conseguente diritto alla stipulazione del contratto, e soggiungendo che in virtù di tali statuizioni non residuava interesse della Sodexo all'accesso agli atti relativi all'offerta tecnica dell'avversaria.

Avverso la decisione del Giudice locale la Serenissima esperiva il presente appello, con il quale riproponeva le proprie eccezioni in rito e difese di merito, censurando la pronuncia del T.A.R. per averle disattese.

Si costituiva in giudizio in resistenza all'appello la originaria

ricorrente, che con l'ausilio di un appello incidentale e più memorie difensive contrastava le argomentazioni dell'appellante, riproponeva le proprie censure rimaste assorbite e concludeva per la reiezione del gravame avversario, con la conferma dell'impugnata decisione.

Anche le tesi dell'appellante trovavano ulteriore illustrazione ed approfondimento in più scritti.

La Sezione, nel frattempo, accoglieva la domanda cautelare avanzata dalla Serenissima.

Alla pubblica udienza del 21 ottobre 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

L'appello è fondato.

1. L'indirizzo seguito dal Tribunale in occasione della sentenza appellata corrisponde all'interpretazione estensiva dell'art. 38 d.lgs. cit., in forza della quale questo dovrebbe essere letto nel senso che (anche in mancanza di un espresso richiamo all'articolo nella lex specialis della gara) sarebbero tenuti alla dichiarazione sostitutiva di notorietà attestante l'inesistenza di cause di esclusione tutti i soggetti che siano rappresentanti legali della ditta concorrente, soggetti da individuare, viene assunto, non solo in base alle qualifiche formali possedute, ma anche alla stregua dei poteri sostanziali attribuiti, con conseguente inclusione nel novero dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza delle persone fisiche comunque in grado di impegnare la società verso i terzi e dei procuratori ad negotia, allorquando, al di là del nomen, l'estensione dei loro poteri conduca

in ogni caso a qualificarli come amministratori di fatto.

In applicazione di queste coordinate ermeneutiche, il T.A.R. ha ritenuto che la dichiarazione prescritta avrebbe dovuto essere resa dalla società risultata aggiudicataria anche con riguardo -quanto meno- ai sigg.ri Luigino Parolin, Andrea Gamba e Sergio Luigi Venditti, nonché alla signora Alessandra Vezzaro, quest'ultima quale "preposto alla gestione tecnica ai sensi del DM 274/97", e pertanto figura non dissimile, per contenuti, a quella del "direttore tecnico".

Tutto ciò in quanto l'ampiezza dei poteri riconosciuti ai predetti soggetti, inerente ad atti fondamentali della vita dell'impresa, portava a concludere che ai medesimi fosse stato di fatto conferito l'esercizio di funzioni di sostanziale amministrazione, in corrispondenza delle quali andava quindi resa la dichiarazione di sussistenza dei requisiti morali e professionali di cui all'art. 38 del codice degli appalti.

2. L'interpretazione normativa di cui è espressione la sentenza in epigrafe è stata però recentemente disattesa dalla Sezione, con precedenti da cui non si vede ragione per discostarsi.

Proprio in una fattispecie riguardante l'attuale appellante, invero, la Sezione ha illustrato con approfondita motivazione la necessità di ancorare l'applicazione della norma di cui si tratta a basi di oggettivo rigore formale, sottolineando che occorre avere riguardo alla posizione formale rivestita dal singolo nell'organizzazione societaria, piuttosto che dedicarsi a problematiche quanto malcerte indagini "sostanzialistiche" (Sez. V, 25 gennaio 2011, n. 513).

Più analiticamente, le valutazioni esposte sono state le seguenti.

“L'interpretazione del citato art. 38 con riferimento ai soggetti per i quali la dichiarazione deve essere resa è stata oggetto di diversi orientamenti giurisprudenziali, fra i quali permane un contrasto.

L'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006 fa riferimento, per le società di capitali, agli "amministratori muniti del potere di rappresentanza".

Secondo una parte della giurisprudenza, per l'individuazione dei soggetti tenuti alle dichiarazioni sostitutive finalizzate alla verifica del possesso dei requisiti di moralità, quando si tratti di titolari di organi di persone giuridiche da ricondurre alla nozione di "amministratori muniti di poteri di rappresentanza", occorre esaminare i poteri, le funzioni e il ruolo effettivamente e sostanzialmente attribuiti al soggetto considerato, al di là delle qualifiche formali rivestite (Cons. Stato, V, 16 novembre 2010 n. 8059; VI, 8 febbraio 2007, n. 523, che nella categoria degli amministratori, ai fini dell'art. 38 cit., fanno rientrare sia i "soggetti che abbiano avuto un significativo ruolo decisionale e gestionale societario", sia i procuratori ai quali siano conferiti poteri di partecipare a pubblici appalti formulando le relative offerte).

Altra giurisprudenza ha ... limitato la sussistenza dell'obbligo di dichiarazione ai soli amministratori muniti di potere di rappresentanza e ai direttori tecnici, e non anche a tutti i procuratori della società (T.A.R. Basilicata, I, 22 aprile 2009 , n. 131; T.A.R.

Liguria, II, 11 luglio 2008 , n. 1485; T.A.R. Calabria - Reggio Calabria, I, 08 luglio 2008 , n. 379). ...

Il Collegio ritiene di dover aderire - per le considerazioni di seguito esposte - alla seconda tesi, che limita l'applicabilità della disposizione ai soli amministratori della società, e non anche ai procuratori speciali.

Ai sensi dell'art. 2380-bisc.c., la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori e può essere concentrata in un unico soggetto (amministratore unico) o affidata a più persone, che sono i componenti del consiglio di amministrazione (in caso di scelta del sistema monistico ex artt. 2380 e 2409-sexiesdecies c.c.) o del consiglio di gestione (in caso di opzione in favore del sistema dualistico ex artt. 2380 e 2409-octiesc.c.): ad essi, o a taluni tra essi, spetta la rappresentanza istituzionale della società. ...

L'art. 38 del d. lgs. n. 163/06 richiede la compresenza della qualifica di amministratore e del potere di rappresentanza (che può essere limitato per gli amministratori ex art. 2384, comma 2, c.c.) e non vi è alcuna possibilità per estendere l'applicabilità della disposizione a soggetti, quali i procuratori, che amministratori non sono.

Del resto, si tratta di una norma che limita la partecipazione alle gare e la libertà di iniziativa economica delle imprese, essendo prescrittiva dei requisiti di partecipazione e che, in quanto tale, assume carattere eccezionale ed è, quindi, insuscettibile di applicazione analogica a situazioni diverse, quale è quella dei procuratori.

Peraltro, anche l'applicazione analogica sarebbe opinabile, in presenza di una radicale diversità della situazione dell'amministratore, cui spettano compiti gestionali e decisionali di indirizzi e scelte imprenditoriali e quella del procuratore, il quale, benché possa essere munito di poteri di rappresentanza, è soggetto dotato di limitati poteri rappresentativi e gestionali, ma non decisionali (nel senso che i poteri di gestione sono pur sempre circoscritti dalle direttive fornite dagli amministratori). ...

Si deve, quindi, prendere atto che l'art. 38 del d.lgs. n. 163/06 - nell'individuare i soggetti tenuti a rendere la dichiarazione - fa riferimento soltanto agli "amministratori muniti di potere di rappresentanza": ossia, ai soggetti che siano titolari di ampi e generali poteri di amministrazione, senza estendere l'obbligo ai procuratori.

La soluzione accolta, oltre ad essere maggiormente rispondente al dato letterale del citato art. 38, evita che l'obbligo della dichiarazione possa dipendere da sottili distinzioni circa l'ampiezza dei poteri del procuratore, inidonee a garantire la certezza del diritto sotto un profilo di estrema rilevanza per la libertà di iniziativa economica delle imprese, costituito dalla possibilità di partecipare ai pubblici appalti." (in termini, Sez. V, 25 gennaio 2011, n. 513; nello stesso senso cfr. anche la n. 1782 del 24 marzo 2011).

L'interpretazione appena esposta, imperniata dunque sulla stretta nozione tecnica di "amministratore", tanto più si raccomanda in presenza di aziende dotate di una organizzazione capillarmente

articolata sul territorio, come le attuali parti in causa. La stessa va pertanto senz'altro seguita anche nel caso concreto.

3. I principi appena ricordati comportano l'infondatezza della censura di Sodexo invece accolta dal TAR, come pure quella della doglianza complementare riproposta dalla stessa società con il primo dei suoi motivi di appello incidentale, riguardante altri tre dipendenti dell'avversaria rispetto ai quali pure, in tesi, si sarebbero dovuti adempiere gli obblighi discendenti dall'art. 38 cit..

3a. Non può porsi in dubbio, d'altra parte, che la correttezza dell'interpretazione estensiva dell'articolo seguita dal T.A.R.. rientri nel fuoco dell'appello di Serenissima.

Quest'ultima, pur dedicando la gran parte delle proprie energie argomentative al tentativo di dimostrare che i concreti poteri attribuiti ai suoi quattro dipendenti sopra nominati non permettevano, per la loro limitatezza, di qualificare i medesimi come "amministratori di fatto", non ha mancato di contestare anche la legittimità, a monte, della suddetta interpretazione estensiva dell'articolo. Tanto si desume: dal richiamo della pag. 3 dell'appello alla pregressa eccezione di primo grado "che le persone indicate dalla Ricorrente non erano "amministratori muniti di poteri di rappresentanza o direttori tecnici" ", eccezione che nessun elemento testuale autorizza a reputare rinunciata; dai richiami giurisprudenziali inseriti nel corpo dell'appello alle pagg. 6 e 10, che valgono a revocare in dubbio proprio la legittimità dell'anzidetta

interpretazione estensiva; infine, dal passaggio che si legge alla pag. 6 dell'appello della Serenissima, avente la medesima funzione di critica dell'interpretazione estensiva, il quale recita : "... a prescindere dalla legittimità dell'applicazione del principio giurisprudenziale, praeter legem, in contrasto con il principio comunitario di favorire la massima partecipazione alla gara d'appalto, in attuazione del principio fondamentale ... di libera concorrenza ", periodo, questo, che non esprime in alcun modo un ipotetico intento di rinunciare al profilo di censura in discussione, ma, al contrario, lo ribadisce.

3b. Né ha pregio la tesi dell'appellata per cui, indipendentemente dalla portata dell'art. 38 cit., sarebbe stata in ogni caso la *lex specialis* ad imporre ai concorrenti di dare seguito agli adempimenti dallo stesso previsti in corrispondenza di tutti i soggetti comunque autorizzati ad impegnare la società.

Sodexo fa leva, all'uopo, sul testo dell'art. 17 del capitolato, sostenendo la necessità di leggere il rinvio all'art. 38 cit. fatto dal suo n. 3 alla luce del precedente riferimento, del n. 2 dell'articolo del capitolato, alle "persone autorizzate ad impegnare legalmente la ditta". E' però agevole osservare, a prescindere da ogni altra notazione, che quelle recate ai nn. 2 e 3 dell'articolo del capitolato sono voci distinte ed autonome di un elenco di dichiarazioni da rendere, tra le quali non può essere perciò ravvisata alcuna particolare connessione. In realtà, la *lex specialis* non esprime alcun intento della stazione appaltante di discostarsi dalle previsioni

dell'art. 38 cit., cui viene operato, come è stato già osservato nella precedente sede cautelare, un puro e semplice rinvio.

L'argomento va pertanto respinto.

3c. Occorre infine esaminare specificamente la peculiare posizione della dipendente Vezzano, che, secondo gli assunti dell'originaria ricorrente, sarebbe entrata nel perimetro applicativo dell'art. 38 in forza della sua specifica veste di direttore tecnico, siccome preposta alla gestione tecnica ai sensi del D.M. n. 274 del 1997.

Al riguardo non è decisiva l'obiezione che la controversia riguarda l'aggiudicazione di un servizio e non di lavori pubblici, atteso che la giurisprudenza di questo Consiglio ha già avuto modo di ritenere che la posizione di direttore tecnico possa trovare applicazione, nei congrui casi, ai fini della soggezione agli obblighi previsti dall'art. 38 cit., anche, appunto, in materia di servizi (C.d.S., V, n. 3364 del 26 maggio 2010 e n. 1790 del 24 marzo 2011, in tema di gestione dei rifiuti).

E' determinante, invece, il fatto che, mentre la gara in esame riguarda un servizio di ristorazione collettiva, la posizione rivestita dalla dipendente attiene al diverso e specifico settore delle operazioni di pulizia, disinfezione, disinfestazione, derattizzazione e sanificazione.

L'appalto riguarda, quindi, un settore di attività distinto da quello cui la Vezzano potrebbe dirsi tecnicamente preposta. E d'altro canto, pur esistendo, tra le prestazioni contrattuali elencate dal capitolato (art. 1), anche talune voci che chiamano in causa attività dei tipi appena

detti, l'incidenza sull'appalto delle prestazioni di pulizia, sanificazione, ecc. è, per quanto ineliminabile, soltanto marginale, e come tale non giustifica arbitrarie equiparazioni che sarebbero contrarie, in ultima analisi, alla certezza delle situazioni giuridiche.

Il riferimento dell'art. 38 cit. alla figura del direttore tecnico vale a richiamare coloro che rivestano tale posizione rispetto al settore operativo nel quale la commessa si iscrive, e non anche tutti i preposti tecnici ai settori di attività in qualsiasi modo implicate nell'attività esecutiva dell'appalto.

Se ne desume, pertanto, che, ai fini della procedura oggetto di causa, e alla stregua del preciso oggetto (ristorazione) dell'appalto da assegnare, la posizione della Vezzaro non possa essere considerata quella di un "direttore tecnico".

4. Fatta eccezione per il mezzo avverso il rifiuto di accesso opposto a Sodexo, la Sezione non condivide nemmeno i residui motivi dedotti dalla medesima con il proprio ricorso di prime cure, finiti assorbiti dalla sentenza del Tribunale e riproposti in questo grado di giudizio.

4a. L'infondatezza del primo di tali rilievi emerge dalle considerazioni già esposte, estensibili anche alle tre ulteriori posizioni individuali di cui la sentenza appellata non si è occupata.

4b. Altro motivo riproposto è quello con cui ci si duole che la valutazione delle offerte economiche non sia stata fatta dalla Commissione giudicatrice, ma dal solo dirigente responsabile dell'U.O.C. della U.S.L., delegato dal Direttore generale a presiedere

alla procedura di gara, che avrebbe altresì effettuato la valutazione di anomalia.

Osserva al riguardo Sodexo che l'art. 84 del Codice degli Appalti, fonte cui il capitolato obbligava ad attenersi, per le procedure con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa demanda ad una commissione giudicatrice ogni attività valutativa: e questo anche sul piano economico, ed altresì ove sia questione della mera applicazione vincolata di criteri proporzionali matematici. Sicché nella vicenda illegittimamente avrebbe operato, in luogo della Commissione, una figura monocratica.

La violazione del principio di collegialità inficerebbe anche la verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria, condotta in concreto non dalla predetta commissione, né da altra costituita ad hoc ex art. 88 c. 1 d.lgs. n. 163 del 2006, bensì dal solo dirigente delegato e responsabile unico del procedimento.

A queste doglianze la difesa dell'aggiudicataria ha opposto che alla stregua della lex specialis l'assegnazione del punteggio alle offerte economiche non involgeva alcun aspetto di apprezzamento discrezionale, ma era retta da un mero criterio matematico. Viene poi precisato, in punto di fatto, che il dirigente, effettuati i pertinenti calcoli matematici, ne aveva rimesso le risultanze alla Commissione, che le aveva recepite (memoria 12/2/2011, pag. 5). Ed in punto di diritto viene fatto notare che Sodexo non esprimeva alcuna doglianza circa l'attribuzione del punteggio riguardante l'offerta economica,

potendosene di conseguenza desumere che sotto il profilo sollevato non vi era stata alcuna effettiva lesione di interessi tutelabili.

Osserva peraltro la Sezione che ai fini del vaglio delle censure in disamina riveste in concreto valenza preliminare e subito dirimente la considerazione dei contenuti della *lex specialis*, alle cui previsioni - che non hanno formato oggetto di alcuna specifica impugnativa - l'Amministrazione si è limitata a dare seguito.

L'art. 21 del capitolato assegnava alla Commissione tecnica il compito della valutazione del (solo) progetto contenuto nella busta "B" (id est, dell'offerta tecnica). Dall'interpretazione coordinata di tale disposizione con quelle dei seguenti articoli 22 (specialmente nei suoi ultimi commi) e 23 comma 2 si desume, di contro, che la valutazione delle offerte economiche era riservata all'Amministrazione.

In questo senso particolarmente eloquente è il disposto dell'art. 23 cpv. del capitolato, dove si precisa : "la Commissione tecnica procederà esclusivamente alla valutazione tecnica e solo in fase successiva l'Amministrazione procederà alla valutazione economica delle offerte pervenute ...". Indicazione che trova conferma nel testo della determina di nomina dei componenti della stessa Commissione, dove si stabiliva che questa avrebbe dovuto procedere (solo) alla "valutazione della componente qualitativa".

Quanto alla verifica di anomalia, il medesimo art. 22 del capitolato prevedeva, infine, che dovesse procedervi la U.S.L., senza dettare

ulteriori vincoli. Del resto, l'art. 88 del Codice degli Appalti radica la competenza specifica non nella Commissione, ma proprio e senz'altro nella stazione appaltante, cui attribuisce la semplice facoltà di istituire per la bisogna un'apposita commissione, senza sancire un obbligo di procedere in tal senso.

Anche questi motivi si rivelano, dunque, infondati.

5. Resta da dire della domanda di accesso, assorbita dal primo Giudice ma riproposta anch'essa da Sodexo con il suo appello incidentale.

5a. La pretesa ostensiva, manifestata attraverso l'istanza del 26 maggio 2010, riguarda l'offerta tecnica dell'avversaria con i relativi allegati, ed altresì la nota dell'Amministrazione del 21 aprile 2010 (ove esistente) con la quale sono state reputate accoglibili le giustificazioni fornite da Serenissima sulla sostenibilità economica della sua offerta.

Sodexo chiede, dunque, l'accertamento del proprio diritto ad ottenere l'accesso a tali documenti e la condanna al loro rilascio, facendo notare: che la propria richiesta era stata specificamente motivata, ai sensi degli artt. 13, comma 6, e 79, comma 5-quater, del d.lgs. n. 163/2006, con la necessità di attivare con imminente azione la tutela giurisdizionale delle proprie ragioni; che neppure la successiva presentazione del preavviso di ricorso era valsa ad indurre l'Amministrazione ad accordare l'ostensione dovuta; che la posizione negativa avversata non è sorretta da alcuna particolare giustificazione

(salvo un richiamo all'opposizione di Serenissima all'accesso alla propria offerta tecnica); che, in particolare, nulla è stato esposto circa il bilanciamento degli interessi delle due società, e le ragioni per cui quelli di Sodexo sarebbero dovuti rimanere recessivi, essendo non solo il diniego di accesso, ma anche l'opposizione di Serenissima, sostanzialmente privi di motivazione.

5b. La pretesa ostensiva merita accoglimento.

Obietta Serenissima che la giustificazione a base della richiesta di accesso sarebbe generica; segnatamente, non emergerebbe alcun collegamento concreto e attuale tra tale istanza e le esigenze di tutela giurisdizionale avvertite dalla richiedente. La propria opposizione all'accesso all'offerta tecnica, inoltre, sarebbe diretta esclusivamente alla tutela dei suoi diritti industriali e produttivi, vale a dire delle sue conoscenze tecnologiche applicate al caso concreto, all'apprendimento delle quali l'avversaria in fondo mirerebbe.

Agli argomenti appena visti è però agevole obiettare che la giustificazione a base della richiesta di accesso di Sodexho era stata in realtà puntualmente esplicitata. L'impugnativa degli esiti della gara prima preannunciata, e poi effettivamente esperita, portava difatti con sé la naturale esigenza strumentale di avere un quadro più completo della procedura, al fine di articolare eventuali motivi di gravame anche aggiunti, al di là delle doglianze –di solito, di taglio prevalentemente solo formale- deducibili sulla base di una cognizione solo estrinseca delle dinamiche del procedimento.

Giustamente la difesa dell'istante fa poi notare che il disconoscimento dell'ostensione del progetto tecnico avversario determinerebbe un inaccettabile svuotamento del suo diritto di difesa. E non sembra francamente possibile ascrivere nulla di più all'onere che su tale parte gravava in qualità di richiedente l'accesso, al fine di dimostrare la necessità di utilizzare la documentazione richiesta (ma per definizione al momento ancora sconosciuta) in uno specifico giudizio.

Rileva inoltre la Sezione che a non persuadere è, piuttosto, l'obiezione di Serenissima circa la necessità di preservare le proprie conoscenze tecnologiche, attese le sue caratteristiche di assolutezza, astrattezza ed apoditticità (tanto più se si considera il settore cui la gara si riferisce, che non è certo un ambito che per antonomasia esprima esigenze di riservatezza).

E' appena il caso di ricordare che l'art. 13, comma 5, d.lgs. n. 163 del 2006, nel prevedere l'esclusione dall'accesso per "le informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime", esige a tal fine che le medesime integrino segreti tecnici o commerciali "secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente".

Il legislatore, pertanto, se "ha inteso ... escludere dal raggio di azionabilità del diritto di ostensione la documentazione suscettibile di rivelare il know-how industriale e commerciale contenuto nelle offerte delle imprese partecipanti, sì da evitare che operatori

economici in diretta concorrenza tra loro possano utilizzare l'accesso non già per prendere visione della stessa allorché utile a coltivare la legittima aspettativa al conseguimento dell'appalto, quanto piuttosto per giovare delle specifiche conoscenze possedute da altri al fine di conseguire un indebito vantaggio commerciale all'interno del mercato” (C.d.S., VI, n. 2814 del 10 maggio 2010), in pari tempo, tuttavia, ha subordinato il funzionamento dell'indicata causa di esclusione all'adempimento, da parte dell'impresa cui si riferiscono i documenti, dello specifico onere di fornire motivata dichiarazione comprovante che effettivamente siano in questione informazioni integranti segreti tecnici o commerciali.

E questo onere, appunto, dall'opponente non è stato assolto.

Senza dire, infine, che nella fattispecie si verte nel campo di applicazione del comma 6 dello stesso articolo 13, che riafferma la tendenziale prevalenza del c.d. accesso difensivo disposta in generale dall'art. 24 della legge n. 241/1990 (C.d.S., VI, n. 2814/2010 cit.), comma a termini del quale “In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettere a) e b), è comunque consentito l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso.”

La domanda di accesso di Sodexo va pertanto accolta.

6. In conclusione, l'appello di Serenissima deve essere accolto; l'appello incidentale di Sodexo, invece, respinto, salvo che per il

motivo dedotto in punto di accesso; il ricorso di primo grado, per conseguenza, in riforma della decisione appellata va respinto, salvo che per la domanda di accesso, che merita invece accoglimento.

Le spese processuali del doppio grado di giudizio possono essere equitativamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) accoglie l'appello in epigrafe e correlativamente respinge l'appello incidentale, salvo che per la domanda di accesso dedotta dalla Sodexo, e per l'effetto, in riforma dell'appellata decisione, condanna l'Amministrazione ad accordare l'accesso richiesto e respinge il ricorso di primo grado sotto ogni altro profilo.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/11/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)