

TAR Toscana, Sezione Quarta, Sentenza n. 1035 del 25 settembre 2024

Appalti di servizi – D.lgs. 36/2023 – Accesso agli atti – Tra i primi cinque classificati non serve più richiesta esplicita

Pubblicato il 25/09/2024

N. 01035/2024 REG.PROV.COLL.

N. 01341/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1341 del 2024, proposto da (...) a R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di (...), in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

(...) S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'accertamento e la dichiarazione del diritto della ricorrente di accedere ai documenti elencati

nelle conclusioni, previo annullamento

- della determina del dirigente Servizio Pubblica Istruzione e Sistema Bibliotecario datata 4 settembre 2024 del Comune di (...) con la quale, contestualmente alla

comunicazione dell'aggiudicazione in favore di (...) del lotto 1 che compone la procedura di affidamento del servizio di refezione scolastica 2024/2028 del Comune di (...) (CIG (...)), per quanto qui di interesse, è stata soddisfatta in modo incompleto e totalmente inadatto alla tutela delle posizioni giuridicamente rilevanti dell'odierna ricorrente la richiesta di accesso agli atti di gara.

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale al provvedimento impugnato, ancorché non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 116 del c.p.a. e 36 del d.lgs. n. 36 del 2023, commi 4 e 7;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 settembre 2024 il dott. Nicola Fenicia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con determinazione dirigenziale n. 124 del 30 gennaio 2024 il Comune di (...) ha avviato una procedura di gara per l'affidamento del servizio di refezione scolastica per gli anni 2024/2028 mediante procedura ristretta, da realizzarsi tramite il sistema dinamico di acquisizione della Pubblica Amministrazione e da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 108 del d.lgs. n. 36 del 2023.

Alla gara sono stati ammessi tutti i concorrenti che avevano presentato offerta sui lotti e precisamente (...) per i lotti 1, 2 e 3 ed (...) per i lotti 1 e 2.

La (...) è risultata prima in graduatoria sul lotto 1 e perciò, con aggiudicazione n. 2138 del 30 agosto 2024, ha ottenuto l'affidamento del servizio di refezione scolastica sul medesimo lotto.

Il 3 settembre 2024 (...) ha domandato copia di tutti i documenti di gara “*ai sensi*

degli artt. 22 comma 1° e 2°, 23 e 25 commi 1° e 2° L. 07/08/1990 n. 241 e successive modificazioni e integrazioni nonché dell'art. 6 comma 4 D.P.R. 12.4.2006 n.184 e artt. 35 e 36 D.Lgs. 36/2023”.

Con atto del 4 settembre 2024, il Comune di (...), *“stante l'assenza nel Sistema Dinamico di Acquisizione della funzionalità che consente di rendere disponibili i documenti previsti dai commi 1 e 2 dell'articolo 36 del D. Lgs. n. 36/2023”* ha trasmesso: la determina di aggiudicazione, i verbali di gara, il DGUE, la domanda di partecipazione, il versamento del contributo ANAC, la garanzia fideiussoria, il pagamento del bollo e le comunicazioni sull'esito dei controlli, nonché l'offerta tecnica ma in forma in gran parte oscurata. Nessuna motivazione, a parte la laconica indicazione: *“le offerte tecniche di entrambi gli operatori sono rese disponibili accogliendo le richieste di oscuramento presentate in sede di gara”*, è stata riportata con riferimento al diniego di accesso sul resto della documentazione richiesta e non resa disponibile (documentazione amministrativa, offerta economica, offerta tecnica nella sua interezza, eventuale giudizio di anomalia, verifica di congruità, nomina della commissione di gara).

Con il ricorso in epigrafe (...) ha agito ai sensi degli artt. 116 cod. proc. amm. e 36 del d.lgs. n. 36 del 2023 per l'accertamento dell'illegittimità dell'atto sopra menzionato, e del suo diritto ad accedere ai documenti chiesti in via stragiudiziale; con conseguente condanna della stazione appaltante a renderli disponibili.

Il Comune resistente si è costituito con memoria formale, mentre la società controinteressata, ancorché ritualmente evocata, non si è costituita in giudizio.

All'udienza in camera di consiglio del 24 settembre 2024, la causa è stata discussa e quindi trattenuta in decisione.

2. Preliminarmente, il Collegio ritiene che debba essere disattesa l'eccezione, avanzata in sede di discussione orale dalla difesa del Comune di (...), relativa alla non definitività del provvedimento impugnato del 4 settembre 2024, essendo asseritamente in corso l'attività del Comune diretta alla selezione dei documenti

ostensibili. Infatti, il detto provvedimento, con il quale si consente l'accesso solo ad alcuni dei documenti richiesti, appare presentare tutti i connotati di un provvedimento definitivo, non essendovi alcun riferimento alla natura interlocutoria dello stesso in quanto adottato nelle more della conclusione del procedimento attivato dalla odierna ricorrente. Ne deriva che quest'ultima aveva senz'altro l'onere d'impugnarlo nei termini ristretti previsti dall'art. 36 del d.lgs. n. 36 del 2023, anche al fine di non veder infruttuosamente decorrere i termini per l'eventuale impugnazione dell'aggiudicazione.

3. Nel merito, la disciplina dell'accesso agli atti di gara è contenuta negli artt. 35 e 36 del d.lgs. n. 36 del 2023 (Codice dei contratti). In particolare, all'art. 36 si prevede che, contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 90, l'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario, i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione sono resi disponibili, attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale, a tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi. Pertanto, la stessa necessità di una richiesta di accesso non dovrebbe trovare luogo in base all'assetto voluto dal Codice dei contratti vigente, essendo automaticamente riconosciuto a chi partecipa alla gara e non ne è "definitivamente" escluso, di accedere in via diretta, non solo a "documenti" (offerta dell'aggiudicatario, verbali di gara e atti), ma anche "ai dati e alle informazioni" inseriti nella piattaforma ex articolo 25 del Codice, e ciò a partire dal momento della comunicazione digitale dell'aggiudicazione.

Peraltro, agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria, viene riconosciuto, dal comma 2 dell'articolo 36, un diritto di accesso ancor più "ampio" perché ad essi sono resi "reciprocamente disponibili", attraverso la stessa piattaforma, non solo gli "atti" di cui al comma 1, ma anche le offerte dagli stessi presentate (in particolare, quelle del secondo, terzo, quarto e quinto, la prima essendo conoscibile da tutti).

Sempre nell'art. 36, al comma 3 (da leggersi unitamente al comma 3 dell'art. 90), si

prevede che nella comunicazione dell'aggiudicazione di cui all'art. 90, la stazione appaltante o l'ente concedente dà anche atto delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di "parti" delle offerte in ragione della sussistenza di segreti tecnici o commerciali.

Pertanto, una volta intervenute l'aggiudicazione e, ai sensi dell'art. 90, la comunicazione digitale della stessa:

- tutti i partecipanti non esclusi in modo definitivo dalla gara possono accedere, "direttamente, mediante piattaforma", a tutto ciò (offerta dell'aggiudicatario, verbali, atti, dati e informazioni, ad eccezione delle offerte dei quattro operatori successivi al primo in graduatoria) che ha rappresentato un passaggio della procedura presupposto all'aggiudicazione medesima;
- i primi cinque concorrenti in graduatoria hanno diritto ad accedere "direttamente mediante piattaforma" anche alle reciproche offerte, fatto salvo il caso in cui vi siano stati degli "oscuramenti", da parte della P.A.;
- l'eventuale oscuramento deve essere conseguenza di una specifica richiesta dell'operatore offerente, corredata da una dichiarazione "motivata e comprovata" in ordine alla sussistenza di segreti tecnici e commerciali; in secondo luogo, sia che tale richiesta sia stata accolta, sia che sia stata respinta, la stazione appaltante nella comunicazione dell'aggiudicazione deve puntualmente dar conto della propria decisione e della motivazione sottesa.

Deve infine ritenersi che l'accesso alle parti oscurate può e deve essere comunque consentito, qualora esso sia "indispensabile" ai fini della difesa in giudizio degli interessi giuridici dell'operatore economico interessato, come rappresentati in relazione alla procedura di gara.

4. Ora, nel caso di specie, la dedotta "*assenza nel Sistema Dinamico di Acquisizione della funzionalità che consente di rendere disponibili i documenti previsti dai commi 1 e 2 dell'articolo 36 del D. Lgs. n. 36/2023*" non può certo esimere l'amministrazione dal detto dovere di trasparenza, potendo essa comunque inviare la detta documentazione al

domicilio digitale degli operatori economici, senza necessità di una apposita istanza in tal senso.

Pertanto, la pretesa della ricorrente ad ottenere l'accesso a tutta la documentazione di gara (amministrativa, tecnica ed economica) è fondata e deve trovare soddisfazione, potendo la sottrazione all'accesso riguardare i soli contenuti dell'offerta rispetto ai quali siano state motivatamente riconosciute ragioni di segretezza, mentre la restante documentazione di gara rimane attratta entro l'ampio diritto d'informazione spettante ai primi cinque classificati - o, come in specie, agli operatori utilmente collocati in graduatoria in numero inferiore a cinque - riconosciuto dall'art. 36, comma 2, del d.lgs. 36/2023, fatti salvi i limiti indicati nell'art. 35 del Codice (che allo stato non sembrano venire in considerazione).

5. Ne consegue che, in difetto allo stato dei suddetti presupposti per la limitazione dell'accesso, e non avendo l'amministrazione opposto altre limitazioni ai sensi dell'art. 24 della legge n. 241 del 1990, la mancata ostensione della documentazione amministrativa e di quella relativa alla comprova dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali è illegittima.

Ugualmente illegittima è la preclusione dell'accesso all'offerta economica e all'offerta tecnica (in gran parte oscurata), mancando l'allegazione di una motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente circa l'esistenza di effettivi segreti tecnici e commerciali (art. 35, comma 4, lett. a, d.lgs. 36/2023); né essendovi traccia, agli atti del giudizio, del contenuto delle riserve avanzate sul punto da parte della (...).

Peraltro, la nozione di segreto tecnico dev'essere decodificata al lume dell'art. 98 del d.lgs. n. 30 del 2005 (Codice della proprietà industriale), il quale richiede che le informazioni aziendali e commerciali ed esperienze sulle applicazioni tecnico-industriali rispondano a requisiti di segretezza e rilevanza economica e siano soggette, da parte del legittimo detentore, a misure di protezione ragionevolmente adeguate.

In altri termini, è agli specifici caratteri di cui all'art. 98 del Codice della proprietà industriale che la dichiarazione "motivata e comprovata" circa l'esistenza di un segreto commerciale deve fare riferimento, non potendo, viceversa, l'operatore limitarsi a una mera e indimostrata affermazione tesa a ricomprendere certe informazioni nel patrimonio aziendale o nella peculiarità dell'offerta (così TAR Piemonte, sez. II, n. 726/2024, e giurisprudenza ivi richiamata).

Peraltro, come correttamente osservato dalla ricorrente, generiche ed immotivate ragioni di segretezza industriale e commerciale (che per legge devono essere motivate e comprovate) sono evidentemente irriferibili ad un settore, qual è quello della ristorazione, caratterizzato dalla standardizzazione delle filiere e dei contratti commerciali.

Parte ricorrente è, perciò, esentata dall'onere di dimostrare l'indispensabilità dell'accesso quale snodo strumentale indefettibile per la difesa in giudizio poiché, nel difetto di concreti elementi di prova sulla sussistenza di reali esigenze di riservatezza, riprendono vigore, in specie, i generali principi di trasparenza e pubblicità dell'azione amministrativa (TAR Piemonte, sez. II, n.726/2024; Cons. Stato, sez. V, n. 8332/2023).

Del resto, l'esponente ha comunque dedotto che la conoscenza delle offerte formulate dalle altre concorrenti è necessaria per tutelare in giudizio il proprio diritto a conseguire l'aggiudicazione della gara; onde essa risulta titolare pure di una pretesa all'accesso difensivo, al cui cospetto divengono recessive le esigenze di riservatezza a tutela di segreti tecnici e commerciali, soprattutto quando, come nella vicenda in oggetto, non siano state adeguatamente dimostrate cause ostative all'accesso.

In definitiva, anche l'omessa integrale ostensione dell'offerta tecnica ed economica dell'aggiudicataria è illegittima essendo mancata una motivata valutazione, da parte della stazione appaltante, di effettive ragioni di controinteresse tali da paralizzare il diritto di accesso agli atti richiesti.

6. Per quanto esposto il ricorso deve essere accolto.

Ne deriva l'accertamento dell'illegittimità dell'atto gravato nonché del diritto di parte ricorrente ad accedere alla documentazione, cui segue la condanna del Comune di (...) ad esibire integralmente e consentire alla ricorrente l'estrazione di copia integrale, salvi i limiti di legge: della documentazione amministrativa della controinteressata (...), di quella comprovante i requisiti di partecipazione alla gara; dell'offerta tecnica ed economica della medesima (...); degli atti e dei documenti della controinteressata sui quali si è fondato l'eventuale giudizio sulla congruità dell'offerta, e della determina di nomina della commissione di gara; e ciò entro il termine di dieci giorni, decorrente dalla comunicazione della presente sentenza o dalla sua notificazione se anteriore.

7. Le spese del giudizio possono essere compensate tenuto conto della novità delle questioni affrontate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, condanna il Comune di (...) a consentire alla ricorrente l'accesso, entro il termine di dieci giorni dalla comunicazione della presente sentenza o dalla sua notificazione se anteriore, fatti salvi i limiti di legge: a) alla documentazione amministrativa della controinteressata; b) alla documentazione a comprova dei requisiti di partecipazione della controinteressata tanto economico-finanziari, quanto tecnico-professionali; c) all'offerta economica della controinteressata; d) all'offerta tecnica della controinteressata nel testo completo e non oscurato ed agli allegati ad essa relativi; e) agli atti e documenti della controinteressata sui quali si è fondato l'eventuale giudizio sulla congruità dell'offerta; f) alla determina di nomina della commissione di gara.

Spese di lite compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 24 settembre 2024 con
l'intervento dei magistrati:

Riccardo Giani, Presidente

Giovanni Ricchiuto, Consigliere

Nicola Fenicia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Nicola Fenicia

IL PRESIDENTE

Riccardo Giani

IL SEGRETARIO