

T.A.R. Lazio Roma, Sez. III ter, Sent., (data ud. 13/11/2024) 18/11/2024, n. 20509**ATTI AMMINISTRATIVI** › *In genere***Intestazione****REPUBBLICA ITALIANA****IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio****(Sezione Terza Ter)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.; sul ricorso numero di registro generale 11009 del 2024, proposto da P.A.C. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Salvatore Napolitano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

B.D., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Baldassarre, Michelino Villani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

I.T.A. S.p.a., non costituita in giudizio;

per l'annullamento, previa adozione di misure cautelari:

- della decisione, non nota e/o implicita, assunta da B.D. sulla richiesta di oscuramento di parti dell'offerta di I.T.A. S.p.a., nell'ambito della procedura aperta per l'affidamento dei servizi di trasporto aereo e aeroportuali per la movimentazione internazionale di valori (CIG (...));

e/o per l'accertamento:

- del diritto della ricorrente ad accedere alla documentazione allegata alla Comunicazione di aggiudicazione ex art. 90 del D.Lgs. n. 36 del 2024, del 16.10.2024, n. prot. (...) (doc. n. 1), nella versione integrale, senza alcun oscuramento;

e per la conseguente condanna:

- di B.D. all'esibizione della documentazione allegata alla Comunicazione di aggiudicazione ex art. 90 del D.Lgs. n. 36 del 2024, del 16.10.2024, n. prot. (...) (doc. n. 1), nella versione integrale, senza alcun oscuramento.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della B.D.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 13 novembre 2024 il dott. Mario Gallucci e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. Con l'odierno ricorso la Società seconda graduata impugna la comunicazione di aggiudicazione a favore di I.T.A. S.p.a., inviatale dalla B.D. ad esito della procedura aperta per l'affidamento dei servizi di trasporto aereo e aeroportuali per la movimentazione internazionale di valori, al fine di contestare l'assenza di motivazione dell'oscuramento dei dati all'interno della documentazione ad essa acclusa e di ottenerne l'ostensione integrale. L'impugnativa si conclude con la richiesta di tutela cautelare.

2. La B.D. si è costituita per resistere al ricorso, sostenendo l'inammissibilità dello stesso e chiedendo il rigetto della domanda cautelare, e ha depositato documenti. L'eccezione di inammissibilità è argomentata sulla base della necessità per l'operatore economico interessato di presentare un'istanza di accesso ai sensi della L. n. 241 del 1990 al fine di specificare le esigenze difensive di cui all'art. 35, comma 5, del D.Lgs. n. 36 del 2023.

3. Alla camera di consiglio del 13 novembre 2024 la causa veniva introitata per la decisione, previo avviso di possibile adozione di sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 del c.p.a..

4. Il ricorso è fondato nei termini appresso descritti.

5. Oggetto formale del presente ricorso è la comunicazione del provvedimento di aggiudicazione, non motivata con riguardo all'oscuramento del contenuto degli allegati ad essa acclusi. L'oggetto sostanziale del giudizio è il rapporto instaurato tra l'operatore economico e l'Amministrazione in ordine alla spettanza del diritto di accesso. Secondo la giurisprudenza, "il giudizio in materia di accesso, quale modellato dall'art. 116 del D.Lgs. n. 104 del 2010, pur seguendo lo schema impugnatorio, è rivolto all'accertamento della sussistenza o meno del diritto dell'istante all'accesso medesimo e, in tal senso, è dunque un cd. giudizio sul rapporto, come evincibile dal comma 4 del citato art. 116 del D.Lgs. n. 104 del 2010 secondo cui il giudice, sussistendone i presupposti, "ordina l'esibizione dei documenti richiesti" (Cons. Stato Sez. VI, 30/10/2020, n. 6657), sicché il giudice amministrativo è chiamato a svolgere un giudizio di accertamento e non di impugnazione: ne consegue che anche argomenti non espressi nel provvedimento impugnato possono trovare ingresso all'interno del processo." (Cons. Stato, Ad. Plen. 10/2020; sez. III, n. 1717/2021; TAR Campania, Napoli, sez. VI, n. 7198/2022).

6. L'art. 36 del D.Lgs. n. 36 del 2023 detta la disciplina procedimentale e processuale concernente l'accesso agli atti di gara applicabile alla fattispecie, introducendo elementi innovativi rispetto alla disciplina dell'art. 53 del D.Lgs. n. 50 del 2016 in termini di semplificazione, economicità e celerità dell'azione amministrativa.

Quanto al procedimento, la conoscenza dei dati e delle informazioni avviene sotto forma di disponibilità degli stessi all'interno della piattaforma digitale di approvvigionamento utilizzata per lo svolgimento della procedura, consentendo un accesso diretto da parte degli operatori legittimati.

Con riguardo al profilo processuale, la previsione di un rito speciale super accelerato è finalizzata ad evitare la presentazione di ricorsi c.d. "al buio", consentendo in tal modo all'operatore economico di esercitare il diritto di azione a seguito della conoscenza delle informazioni necessarie alla tutela giurisdizionale.

L'Amministrazione deve rendere disponibile tramite la piattaforma l'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario, dei verbali di gara e degli atti, dei dati e delle informazioni presupposti all'aggiudicazione "a tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 90".

Viene poi stabilita una disciplina differenziata con riferimento agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria, ai quali sono resi reciprocamente disponibili gli atti di cui al comma 1 e le offerte dagli stessi presentate.

Gli operatori economici hanno l'onere di formulare all'Amministrazione richieste di oscuramento di

parti delle offerte contenenti "secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali", intendendo per parti delle offerte di cui all'art. 36, comma 3, le "informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima" di cui all'art. 35, comma 4, lettera a).

Tale onere si ricava dal tenore letterale del citato comma 3 dell'art. 36, ove le richieste di oscuramento di parti delle offerte sono "indicate dagli operatori ai sensi dell'articolo 35, comma 4, lettera a)". Delle decisioni assunte su di esse deve dare atto l'Amministrazione nella comunicazione dell'aggiudicazione.

La previsione dell'onere in argomento rimette all'iniziativa del controinteressato la manifestazione di esigenze di riservatezza che "possono" condurre all'esclusione del "diritto di accesso e di ogni forma di divulgazione", collocando l'interlocuzione con il controinteressato nel segmento procedimentale che precede la comunicazione di aggiudicazione.

La struttura del procedimento - rectius del subprocedimento interno alla procedura di affidamento - si discosta quindi da quella dell'accesso semplice e dell'accesso civico generalizzato, ove all'istanza dell'interessato fa seguito la comunicazione officiosa al controinteressato stabilita, rispettivamente, dall'art. 3 del D.P.R. n. 184 del 2006 e dall'art. 5, comma 5, del D.Lgs. n. 33 del 2013.

7. La decisione dell'Amministrazione sul contenuto ostensibile dei documenti può essere impugnata con ricorso ai sensi dell'art. 116 del c.p.a., sottoposto al termine di notifica e di costituzione di dieci giorni nonché a termini dimezzati per la fissazione della camera di consiglio.

Qualora la decisione dell'Amministrazione, rigettando le richieste di oscuramento, stabilisca un'ostensione completa, il predetto termine di dieci giorni svolge una funzione dilatoria che segue una logica analoga a quella già prevista dall'art. 5, comma 6, terzo periodo, del D.Lgs. n. 33 del 2013, in quanto non è possibile rendere disponibili i documenti prima che sia interamente decorso.

Nella diversa ipotesi in cui le richieste di oscuramento siano state accolte, anche implicitamente, sorge allora l'interesse di altro operatore economico all'impugnazione, la quale non deve essere preceduta da alcuna istanza, diventando il ricorso la sede naturale per manifestare le esigenze di carattere difensivo correlate alla completa ostensione dei documenti.

8. L'art. 35 del D.Lgs. n. 36 del 2023, dedicato al rapporto tra accesso e riservatezza, riprende la struttura dell'art. 53 del D.Lgs. n. 50 del 2016 e, alla lettera a) del comma 4, afferma la possibilità di escludere dall'accesso le informazioni delle offerte che, secondo una motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, costituiscono segreti tecnici o commerciali; al comma 5, stabilisce il principio secondo cui l'accesso "è consentito l'accesso al concorrente se indispensabile alla difesa in giudizio dei propri interessi giuridici rappresentati in relazione alla procedura di gara", sancendo in tal modo la prevalenza del diritto di accesso ai fini difensivi rispetto alla tutela dei segreti tecnici e commerciali. Tale principio è coerente con la disciplina generale in materia di accesso (art. 24, comma 7, L. n. 241 del 1990) e con la rilevanza costituzionale del bene protetto (art. 24 della Costituzione); inoltre, esso risulta affermato con maggior forza nella formulazione dell'art. 35, ove non si prevede più, come nella disciplina previgente, che il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione "sono esclusi" ma che "possono essere esclusi" nel caso in cui il controinteressato abbia opposto segreti tecnici o commerciali.

Il predetto bilanciamento è confermato dall'art. 90, comma 3, del D.Lgs. n. 36 del 2023, ove si stabilisce che "Fermo quanto disposto dall'articolo 35", le stazioni appaltanti non divulgano le informazioni relative all'aggiudicazione degli appalti se la loro diffusione "pregiudica i legittimi interessi commerciali dell'operatore economico selezionato".

9. Sulle motivazioni generiche poste dall'offerente a sostegno delle indicazioni di oscuramento prevalgono le esigenze difensive dell'operatore economico interessato ad ottenere l'esibizione della documentazione in chiaro. In tale evenienza parte ricorrente è 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 i generali principi di trasparenza e pubblicità dell'azione amministrativa (Cons. Stato, sez. V, n. 8332/2023; TAR Toscana, sez. IV, n. 1035/2024; TAR Piemonte, sez. II, n. 726/2024).

10. Dalla documentazione depositata dalla B.D. si evince che la richiesta di oscuramento contenuta nei secondi giustificativi presentati in sede di esame dell'anomalia dell'offerta fosse generica e, pertanto, l'Amministrazione ha richiesto alla prima graduata di produrre entro un breve termine una nota motivata su eventuali richieste di oscuramento. Ricevuta tale nota, la B.D. ha proceduto all'oscuramento di dati che, tuttavia, sono essenziali per comprendere il contenuto dell'offerta e per i quali non è stato prospettato alcun segreto tecnico ovvero commerciale in senso proprio, che deve comunque ritenersi insussistente in considerazione della natura standardizzata del servizio oggetto di affidamento. Si osserva che "la tutela del segreto commerciale non concerne il frutto dell'applicazione del proprio know how allo specifico contesto operativo dall'appalto, in modo da accrescere il grado di satisfattività dell'offerta per i bisogni della stazione appaltante, ma gli strumenti necessari ad elaborare le relative soluzioni organizzative e operative e quindi a replicarle, con i necessari adattamenti, a diversi contesti concorrenziali" (Cons. Stato, sez. III, ord. n. 4740/2024), fatto che necessita di essere provato (TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, n. 12334/2024).

Non viene tuttavia data dimostrazione di come sarebbe possibile desumere dalla strutturazione dell'offerta dello specifico appalto le conoscenze e le strategie aziendali interne.

11. La comunicazione dell'aggiudicazione non reca alcuna motivazione in ordine agli oscuramenti operati e tale carenza non può essere colmata con un riferimento per relationem alle richieste del privato - peraltro neppure richiamate nelle premesse dell'atto - poiché è necessario che l'Amministrazione adotti una determinazione espressa sul punto e indichi quali tipologie di dati è necessario oscurare e per quali ragioni, procedendo ad accludere alla comunicazione ex art. 90 la documentazione predisposta in conformità alle valutazioni effettuate.

12. Conclusivamente, il ricorso è fondato e, pertanto, deve essere accolto.

13. All'accoglimento del ricorso consegue l'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato e del diritto della parte ricorrente ad accedere integralmente alla documentazione elencata nella comunicazione del provvedimento di aggiudicazione prot. n. (...) in data 16 ottobre 2024, con conseguente condanna della B.D. ad esibire la medesima entro il termine di 10 (dieci) giorni, decorrente dalla comunicazione della presente sentenza o dalla sua notificazione, se antecedente.

14. Le spese devono essere compensate in ragione della novità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, condanna la B.D. a consentire alla parte ricorrente l'accesso integrale alla documentazione elencata nella comunicazione del provvedimento di aggiudicazione prot. n. (...) in data 16 ottobre 2024 entro il termine di 10 (dieci) giorni dalla comunicazione della presente sentenza o dalla sua notificazione se anteriore.

Spese compensate.

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

Conclusione

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Tuccillo, Presidente FF

Mario Gallucci, Referendario, Estensore

Vincenzo Rossi, Referendario