

APPALTI – AITORITA' AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI: TAR Lazio Roma- Sezione Prima, Sentenza 14 gennaio 2025, n. 565, in Foro amministrativo 2025 n. 1, pag. 101.

1. Appalti - Autorità di Garanzia (Autorità amministrative indipendenti) - Autorità nazionale anticorruzione - Pareri vincolanti e non - Parere di precontenzioso reso dall'ANAC ai sensi dell'art. 211, comma 1, Codice dei contratti pubblici - Nei confronti dell'impresa che non ha mai consentito ad attenersi a quanto stabilito - Non è vincolante e non deve essere impugnato.

2. Appalti - Autorità di Garanzia (Autorità amministrative indipendenti) - Autorità nazionale anticorruzione - Pareri vincolanti e non - Parere di precontenzioso reso dall'ANAC ai sensi dell'art. 211, comma 1, Codice dei contratti pubblici - Esecuzione dello stesso - Non può essere ottenuta mediante il ricorso per ottemperanza.

3. Giustizia amministrativa - Ricorso giurisdizionale - Domanda risarcitoria - Rigetto - In conseguenza dell'inammissibilità della domanda principale.

1. Non è vincolante e non deve essere impugnato il parere di precontenzioso reso dall'ANAC ex art. 211, comma 1, Codice dei Contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016, nei confronti dell'impresa che non ha mai consentito ad attenersi a quanto in esso stabilito. Nell'ambito della peculiare disciplina di cui all'art. 211, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, deve quindi ritenersi che l'onere di immediata impugnazione previsto dalla disposizione in esame vada circoscritto alla sola ipotesi in cui tutte le parti interessate abbiano preventivamente prestato il consenso ad attenersi al parere dell'ANAC .

2. La non vincolatività del parere dell'ANAC ex art. 211, comma 1, Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016, oltre che il dato letterale dell'art. 112 c.p.a., impediscono di ritenere che si tratti di un atto la cui esecuzione può essere ottenuta mediante il ricorso per ottemperanza, con la conseguente inammissibilità della relativa domanda.

3. Dall'inammissibilità della domanda principale deriva anche l'inammissibilità della domanda risarcitoria

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente - Eurosystemi s.r.l. - ha partecipato alla procedura negoziata indetta dalla Regione Basilicata mediante RdO sul MePA, volta all'affidamento dei lavori di realizzazione degli impianti elettrici e tecnologici del Data Center Unico della Regione Basilicata - Sito secondario di Matera, aggiudicata al RTI CO.GE.IM con determina dirigenziale 16BJ. 2023/D. 00919 del 19 settembre 2023, trasmessale il 26 settembre 2023.

Acquisita la documentazione di gara tramite accesso, il 19 ottobre 2023 ha presentato istanza di parere precontenzioso all'Anac; l'Autorità, all'esito, ha emesso il parere n. 537 del 21 novembre 2023 in cui ha ritenuto che *"che l'operato della stazione appaltante non sia conforme alla normativa di settore non avendo correttamente valutato la omessa indicazione dei c.d. costi della sicurezza"*. Pertanto, il 28 novembre 2023, ha invitato la stazione appaltante a conformarsi al suddetto parere, domandando l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione a favore del RTI CO.GE.IM; tuttavia, la Regione non ha ottemperato alla richiesta, non riscontrando neppure l'istanza né fornendo le motivazioni di tale decisione.

1.1. La ricorrente, pertanto, ha proposto ricorso innanzi al Tar Basilicata che ha dichiarato la propria incompetenza territoriale, avendo rilevato che il ricorso riguardava *"l'attuazione di una deliberazione"*

dell'Autorità nazionale anticorruzione (sostenendosi che tale atto fosse suscumbibile nel novero degli altri provvedimenti equiparati alle sentenze per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi alla decisione, cui all'art. 112, comma 2, lett. d, cod. proc. amm.). Dunque, l'Autorità che ha emesso il provvedimento di cui è questione ha sede a Roma, nella Regione Lazio, e quindi al di fuori della circoscrizione di questo Tribunale." (cfr. Tar Basilicata, sent. 20 marzo 2024 n. 245).

1.2. Il giudizio è stato quindi riassunto dinanzi al Tar Lazio, ritenuto territorialmente competente.

1.3. Nel ricorso, la ricorrente ha sostenuto preliminarmente la natura decisoria dei pareri di precontenzioso emessi dall'Anac che, ai sensi della disciplina contenuta nel nuovo Codice dei contratti pubblici (art. 220, co. 1, d.lgs. 36/2023), assumerebbe carattere vincolante, rientrando nell'ambito applicativo dell'art. art. 112 co. 2 lett. d) c.p.a. tra le "*sentenze passate in giudicato e gli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi alla decisione*", chiedendo "*ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 114 c.p.a., di ordinare alla Stazione appaltante l'ottemperanza e la conformazione al contenuto del parere ANAC n. 537/2023, ove occorra nominando un commissario ad acta e fissando una congrua penalità di mora per ogni giorno di ulteriore inosservanza*", rappresentando che, nelle more, non era ancora stato stipulato il contratto di appalto con l'aggiudicataria. In subordine, ha chiesto la liquidazione a suo favore del risarcimento del danno in forma specifica, mediante conseguimento dell'appalto (alla luce della mancata stipula contrattuale), ovvero mediante risarcimento per equivalente monetario, quantificato mediante una forfettizzazione percentuale del 10%, applicata sull'utile di impresa stimato (€ 224.935,04), per un importo di € 22.493,50, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

1.4. La Regione Basilicata si è genericamente costituita il 13 maggio 2024, depositando memoria il 23 maggio 2024, eccependo, preliminarmente, l'inammissibilità/improcedibilità del ricorso, in quanto il parere, chiesto ai sensi dell'art. 211 d.lgs. n. 50/2016 unilateralmente da Eurosystemi, non avendo aderito, non era per lei vincolante, ai sensi dell'art. 4 del "Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui alla delibera del Consiglio n. 10" del 9 gennaio 2019, come modificato dalla delibera n. 528 del 12 ottobre 2022, concludendo che tale atto non è (né è equiparabile) ad un provvedimento giudiziale suscettibile esecuzione ex art. 114 c.p.a. Ha aggiunto che, analogamente, anche qualora si ritenesse applicabile il nuovo Codice dei contratti pubblici, non si giungerebbe a diversa conclusione, non essendo previsto dall'art. 220, co. 1 e co. 3, d.lgs. n. 36/23 la vincolatività dei suddetti pareri resi dall'Anac, ma solo il suo potere di impugnare la decisione della stazione appaltante di non conformarsi (circostanza non avvenuta nella specie) e ha ulteriormente eccepito la tardività del ricorso, proposto oltre il termine stabilito dall'art. 120 c.p.a. dall'aggiudicazione, non potendosi ricorrere al parere di precontenzioso per ottenere una remissione in termini per la sua impugnazione. Ha, quindi, concluso per il rigetto del ricorso, con ogni conseguente statuizione.

1.5. In vista dell'udienza pubblica le parti hanno depositato le memorie ex art. 73 c.p.a. e all'udienza del 17 dicembre 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il ricorso è inammissibile.

3. Sostiene parte ricorrente che il parere reso dall'Anac nell'ambito della vicenda in questione sia stato emesso ai sensi dell'art. 220, co. 1 e co. 3, d.lgs. n. 36/23 e che, per tale ragione, rientri nel novero dei provvedimenti la cui mancata esecuzione può giustificare l'accesso al procedimento previsto dall'art. 112 c.p.a.

4. L'assunto è erroneo per una molteplicità di ragioni.

4.1. Innanzitutto è erroneo ritenere che alla procedura in esame siano state applicate le disposizioni contenute nel nuovo Codice dei contratti pubblici contenuto nel d.lgs. n. 36/23, per il solo fatto che il parere risulta emesso in data successiva al 1° luglio 2023, data della sua entrata in vigore.

L'art. 226, d.lgs. n. 36/23, recante la sua disciplina transitoria, infatti, stabilisce chiaramente che *"A decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2, le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016 continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso. A tal fine, per procedimenti in corso si intendono: a) le procedure e i contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia; (...)".*

Ciò posto, avuto riguardo al caso di specie, la procedura negoziata è stata indetta con Determinazione dirigenziale n. 00469 del 14 giugno 2023 e, quindi, anteriormente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 36/23. Del resto, la stessa ricorrente nella sua istanza di parere precontenzioso all'Anac non ha inserito alcun riferimento al d.lgs. n. 36/23, mentre l'Anac ha espressamente indicato che la delibera n. 537 del 21 novembre 2023 è stata adottata ai sensi dell'art. 211, co. 1, d.lgs. n. 50/16 e che si trattava di "istanza singola" proposta da Eurosistemi.

4.2. Deriva, quale ulteriore conseguenza, che si debba dare applicazione all'art. 4, del "Regolamento in materia di pareri di precontenzioso" di cui alla delibera del Consiglio n. 10 del 9 gennaio 2019, come modificato dalla delibera n. 528 del 12 ottobre 2022, rubricato, "Modalità di presentazione dell'istanza singola" che dispone espressamente che *"Quando l'istanza è presentata singolarmente dalla stazione appaltante o da una parte interessata, il parere reso è da intendersi non vincolante".*

4.3. In tale contesto ritiene il Collegio di dare continuità all'orientamento espresso dal Consiglio di Stato, da cui non si ravvisano motivi per discostarsi, secondo cui *"Non è vincolante e non deve essere impugnato il parere di precontenzioso reso dall'ANAC ex art. 211, comma 1, del Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nei confronti dell'impresa che non ha mai consentito ad attenersi a quanto in esso stabilito, ai sensi della disposizione da ultimo richiamata. Nell'ambito della peculiare disciplina di cui all'art. 211, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 deve quindi ritenersi che l'onere di immediata impugnazione previsto dalla disposizione in esame vada*

circoscritto alla sola ipotesi in cui tutte le parti interessate abbiano preventivamente prestato il consenso ad attenersi al parere dell'ANAC." (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 29 marzo 2021, n. 2586).

La non vincolatività del parere, oltre che il dato letterale dell'art. 112 c.p.a., impediscono quindi di ritenere che si tratti di un atto la cui esecuzione può essere ottenuta mediante il ricorso per ottemperanza, con la conseguente inammissibilità della relativa domanda proposta da parte ricorrente nell'ambito del presente giudizio.

5. Si è già detto che, nel caso di specie, non trova applicazione l'art. 220, co. 1, d.lgs. n. 36/23.

Appare appena il caso di precisare che, in ogni caso, nel caso in cui tale disposizione avesse trovato applicazione, il ricorso sarebbe stato del pari inammissibile.

Questa sezione, in merito al nuovo art. 220, co. 1, d.lgs. n. 36/2023, ha già avuto modo di affermare espressamente che le stazioni appaltanti restano legittimate a non conformarsi al parere di precontenzioso dell'Anac, con la conseguenza che quest'ultimo, data la sua natura non vincolante, non è di per sé idoneo ad arrecare alcun pregiudizio agli operatori economici coinvolti nella vicenda in relazione alla quale tale parere viene reso. È stato quindi ritenuto inammissibile per carenza dell'interesse ad agire il ricorso proposto esclusivamente avverso il parere di precontenzioso dell'Anac, a prescindere dall'impugnativa degli atti adottati dalla stazione appaltante dopo la ricezione del parere, non potendo la parte ricorrente comunque trarre alcun beneficio concreto e immediato dall'annullamento del parere impugnato (cfr. T.a.r. Lazio, , sezione I-quater, sentenza 26 marzo 2024, n. 5973 e 19 luglio 2024n. 14802 in cui si chiarisce "*Se, infatti, la novella legislativa ha espressamente affermato il potere delle stazioni appaltanti di non conformarsi al parere dell'Autorità - nell'ottica di valorizzare e promuovere l'autonomia decisionale e la responsabilità delle s.a. (su cui grava il solo obbligo di non ignorare il parere, dovendo motivare le ragioni per cui scelgono di seguirlo o meno) - è chiaro che il parere di precontenzioso non è di per sé idoneo ad arrecare alcun pregiudizio agli operatori economici coinvolti nella vicenda in relazione alla quale detto parere viene reso.*")

Dall'assenza di vincolatività del parere viene, quindi, meno il presupposto logico cui la ricorrente ancora il suo ragionamento (volto a sostenere la coercibilità della stazione appaltante, mediante il ricorso ai sensi dell'art. 112 c.p.a.), facendo così cadere il fondamento della sua tesi di ritenere il procedimento dinanzi all'Anac para-giurisdizionale, quasi alla stregua di un arbitrato.

6. Dall'inammissibilità della domanda proposta in via principale, consegue anche l'inammissibilità della domanda risarcitoria, articolata in subordine e fondata sui medesimi presupposti.

7. In definitiva, il ricorso va dichiarato inammissibile.

8. Le spese di lite seguono la soccombenza e vanno liquidate come in dispositivo.

P.Q.M

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di lite da liquidarsi in euro 3.000 a favore di ciascuna delle parti costituite, oltre spese generali, i.v.a. e c.p.a. come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Concetta Anastasi, Presidente

Caterina Lauro, Referendario, Estensore

Dario Aragno, Referendario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 17 GEN. 2025.

1. Opere pubbliche, appalti e contratti pubblici - Accesso agli atti - Istanza di accesso agli atti in materia di contratti pubblici ex art. 35, comma 5, d.lgs. n. 36/2023 - Costituisce declinazione dell'art. 24, comma 7, l. n. 241/1990 - Rientra nell'accesso difensivo.

2. Opere pubbliche, appalti e contratti pubblici - Accesso agli atti - art. 36, d.lgs. n. 36/2023 - Ha previsto l'immediata ostensibilità degli atti di gara per i primi cinque concorrenti - Al fine di consentire loro di valutare la correttezza dell'operato della P.A. ed evitare la presentazione di ricorsi « al buio ».

3. Opere pubbliche, appalti e contratti pubblici - Procedura di gara - Comunicazione di aggiudicazione - Deve dare conto delle decisioni assunte dalla Stazione appaltante sulle eventuali richieste di oscuramento di « parti » delle offerte, in ragione della sussistenza di segreti tecnici o commerciali - Accesso dei primi cinque concorrenti in graduatoria alle reciproche offerte - Avviene mediante piattaforma - Salvo il caso in cui ci siano stati degli oscuramenti.

4. Opere pubbliche, appalti e contratti pubblici - Accesso agli atti - Ragioni di segretezza industriale e commerciale - Appaiono difficilmente riferibili ad un settore come quello della ristorazione.

1. L'istanza relativa agli atti in materia di contratti pubblici, ex art. 35, comma 5, d.lgs. n. 36/2023, costituente declinazione dell'art. 24, comma 7, l. n. 241/1990, strumentale alla difesa in giudizio, rientra nell'accesso difensivo. Una volta accertati i presupposti dell'accesso, stante la strumentalità della documentazione richiesta rispetto alle esigenze difensive, all'amministrazione e al giudice non è demandata alcuna ultronea valutazione sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla P.A. o allo stesso G.A. nel giudizio sull'accesso .

2. Il legislatore, nel prevedere — all'art. 36, d.lgs. n. 36/2023 — l'immediata ostensibilità degli atti di gara per i primi cinque concorrenti, ha inteso anticipare la conoscibilità di tali documenti, onde consentire alle parti di valutare la correttezza dell'operato dell'Amministrazione proprio al fine di

evitare che le loro contestazioni siano affidate a ricorsi c.d. « al buio » e di rendere immediatamente conoscibili gli elementi che potrebbero condurre (o convincere a desistere) a contestazioni del provvedimento di aggiudicazione. Significativa in tal senso la decisione di introdurre un rito super — accelerato con la previsione del termine di 10 giorni per promuovere il ricorso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. avverso la decisione dell'Amministrazione di oscuramento di parte della documentazione .

3. L'art. 36, comma 3, e l'art. 90, comma 3, d.lgs. n. 36/2023 prevedono che nella comunicazione dell'aggiudicazione la Stazione appaltante dia conto delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di « parti » delle offerte, in ragione della sussistenza di segreti tecnici o commerciali. Da ciò deriva che, una volta intervenuta l'aggiudicazione e la sua comunicazione digitale, 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. L'oscuramento segue ad una specifica richiesta dell'offerente, corredata da una dichiarazione motivata e comprovata » in ordine alla sussistenza di segreti tecnici e commerciali. Nel caso in cui la richiesta venga presentata, la Stazione appaltante nella comunicazione dell'aggiudicazione deve puntualmente dare conto della propria decisione e della motivazione sottesa sia all'accoglimento che al rigetto della stessa .

4. Generiche e immotivate ragioni di segretezza industriale e commerciale (che, per legge, devono essere motivate e comprovate) appaiono difficilmente riferibili ad un settore, come quello della ristorazione, caratterizzato dalla standardizzazione delle filiere e dei contratti commerciali .(1)

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente - Ladisa s.r.l. - ha partecipato alla gara indetta dal Ministero dell'Interno per l'affidamento del servizio di ristorazione a basso impatto ambientale, presso le sedi del Corpo Nazionale dei Vigili del Fuoco dal 1° gennaio 2025 al 31 dicembre 2027, suddivisa in lotti, con riferimento al lotto n. 19 "Scuole Centrali di Formazione", da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 108, co. 2, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

La gara è stata aggiudicata alla società Bioristoro, con decreto R. 0000260 del 7 novembre 2024 nell'ambito del quale è stato anche comunicato, ai sensi dell'art. 36, co. 1, 3 e 4, d.lgs. n. 36/23, la decisione di accogliere l'istanza avanzata dalla società aggiudicataria con conseguente oscuramento della sua offerta tecnica, con la motivazione "*l'Allegato A - Prospetto Riepilogativo delle Principali Caratteristiche Tecniche proposte prodotto da ciascun concorrente appare già sufficiente, in mancanza di specifiche e mirate censure, a garantire il diritto di difesa e la trasparenza dell'azione amministrativa essendo idoneo a fornire il quadro delle caratteristiche tecniche che hanno portato la Commissione all'attribuzione del relativo punteggio*".

La ricorrente, tuttavia, ha riferito di non aver potuto neppure accedere alla documentazione di cui era stata ammessa l'ostensione in quanto non pubblicata ai sensi dell'art. 36, co. 2, d.lgs. n. 36/23: pertanto ha diffidato l'amministrazione; in esito alla diffida la stazione appaltante, in data 14 novembre 2024, ha trasmesso alla ricorrente la documentazione consistente nell'offerta tecnica di Bioristoro - in parte oscurata e senza alcuno degli allegati -, l'Allegato A - Prospetto Riepilogativo delle Principali

Caratteristiche - documento anch'esso oscurato in più parti -, oltre ai verbali di gara, all'offerta economica di Bioristoro e ai giustificativi resi da quest'ultima ai fini della verifica di congruità del costo della manodopera dichiarato.

1.1. La ricorrente, pertanto, ha proposto il presente ricorso lamentando il comportamento illegittimo dell'amministrazione e la *"Violazione degli artt. 35 e 36 del d.lgs. n. 36/2023. Violazione del d.lgs. n. 33 del 14.03.2013. Violazione degli artt. 1,3,22 e 24 della l. n. 241/1990. Violazione dell'art. 10 del d.P.R. n. 184/2006. Violazione dei principi generali di trasparenza, correttezza e buon andamento dell'azione amministrativa. Violazione del principio di non contraddittorietà. Difetto di motivazione. Violazione del diritto di difesa. Violazione dell'art. 24 Cost. Violazione dell'art. 97 Cost. Eccesso di potere"*.

Ha dedotto, in particolare, la violazione dell'art. 36, d.lgs. n. 36/23, laddove non le è stata immediatamente resa disponibile la documentazione, nella sua qualità di seconda classificata nella procedura in questione. Inoltre, ha contestato la decisione di accogliere la richiesta di oscuramento parziale dell'offerta tecnica presentata da Bioristoro, in quanto non sarebbe stata adeguatamente motivata sulla base di quanto stabilito dagli artt. 35 e 36, d.lgs. n. 36/23, evidenziando come la normativa in esame di ponga in sostanziale continuità con quella previgente. Ha conclusivamente domandato l'ostensione integrale della documentazione in parte oscurata (*"(a) copia dell'offerta tecnica integrale senza oscuramento della Bioristoro Italia S.r.l. con i relativi documenti e tutti gli allegati, (b) copia integrale senza oscuramento dell'Allegato "A" - Prospetto Riepilogativo delle Principali Caratteristiche dell'Offerta della Ditta Bioristoro Italia S.r.l."*), sottolineando la prevalenza del proprio interesse, trattandosi di una richiesta di accesso "difensivo" e che *"in assenza dell'ostensione integrale dell'offerta dell'aggiudicataria alla ricorrente sarebbe preclusa la possibilità di prendere cognizione dell'attribuzione dei punteggi che hanno consentito a Bioristoro il conseguimento della prima posizione nella graduatoria finale, considerando che, come emerge da quanto esposto nel punto che precede, le parti oscurate dell'offerta riguardano aspetti a cui sono stati attribuiti punteggi rilevanti e decisivi (a fronte di uno scarto di punteggio minimo tra i due concorrenti)"*; ha aggiunto che quanto asserito dall'amministrazione in merito alla sufficienza, ai fini difensivi, delle informazioni contenute nell'allegato "A" non è condivisibile *"poiché nella specie anche l'Allegato "A" compilato da Bioristoro è stato trasmesso alla Ladisa in larga parte oscurato; (ii) poiché comunque nell'Allegato "A", contenente il prospetto riepilogativo delle principali caratteristiche dell'offerta, non compaiono, neppure in sintesi, molte parti dell'Offerta attributive dei punteggi e quelle che compaiono indicano solo dati sintetici mancanti della parte descrittiva essenziale ai fini della valutazione."*

1.2. Si è costituita Bioristoro s.r.l., depositando memoria il 25 novembre 2024, sostenendo la legittimità dell'operato dell'amministrazione di oscurare parte della documentazione in quanto recante segreti commerciali la cui ostensione le avrebbe cagionato una grave perdita in termini di competitività nel mercato, ricomprendendo gli accordi commerciali con i propri fornitori con i quali ha instaurato da lungo tempo un rapporto di fiducia e di esclusiva, evidenziando proprio tale rete capillare la renda società leader nella ristorazione in Italia.

1.3. Il Ministero dell'Interno ha depositato memoria il 2 dicembre 2024, sostenendo la correttezza del suo operato e rappresentando che la mancata pubblicazione della documentazione non è stata possibile in quanto, allo stato, la piattaforma di approvvigionamento digitale non permette la pubblicazione degli atti richiesti, circostanza resa nota alla ricorrente. Ha aggiunto che la ricorrente non ha mai presentato un'istanza di accesso difensivo e che l'amministrazione non ha potuto eseguire un bilanciamento tra diritto di difesa e diritto alla riservatezza in mancanza del primo elemento di raffronto. In particolare l'amministrazione sostiene che il disposto dell'art. 36, co. 1, d.lgs. n. 36/23 sia finalizzato alla tutela del principio di trasparenza dell'azione amministrativa e non a quella del diritto difesa, ritenendo che *"nella fattispecie in esame l'oscuramento è ammissibile (si potrebbe dire quasi "doveroso") anche in caso di ("mero") pregiudizio ad interessi economici e commerciali (art. 5-bis c. 2 lett. c) d.lgs 33/2013) non essendo richiesta la presenza dei più significativi segreti tecnici o commerciali (di cui all'art. 35, c. 4 lett. a) d.lgs 36/2023) o di un interesse industriale e commerciale (di cui all'art. 24, c. 6 lett. d))"*.

1.4. Alla camera di consiglio del 10 gennaio 2025 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il ricorso è fondato e va accolto per le ragioni di seguito esposte.

3. Occorre premettere che l'art. 36, d.lgs. n. 36/23, pur ponendosi nel solco interpretativo della previgente disciplina contenuta nel d.lgs. n. 50/16, introduce un nuovo segmento procedimentale destinato a semplificare l'accesso ai documenti nell'ambito dello svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica.

3.1. Sostiene la stazione appaltante che quanto previsto dalla norma in questione non vada ricondotto all'esercizio del c.d. diritto di accesso difensivo, bensì ad una generica tutela del principio di trasparenza del procedimento amministrativo.

La tesi non convince.

Depongono a sfavore di tale conclusione diverse argomentazioni.

3.2. Il legislatore, nel prevedere - all'art. 36 d.lgs. n. 36/23 - l'immediata ostensibilità degli atti di gara per i primi cinque concorrenti, ha infatti inteso anticipare la conoscibilità di tali documenti, onde consentire alle parti di valutare la correttezza dell'operato dell'amministrazione proprio al fine di evitare che le loro contestazioni siano affidate a ricorsi c.d. "al buio" e di rendere immediatamente

conoscibili gli elementi che potrebbero condurre (o convincere a desistere) a contestazioni del provvedimento di aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 8352/2024). Significativa in tal senso la decisione di introdurre un rito "super accelerato" con la previsione del termine di 10 giorni per promuovere il ricorso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. avverso la decisione dell'amministrazione di oscuramento di parte della documentazione.

3.3. Ad avviso della giurisprudenza amministrativa formatasi in argomento, l'istanza relativa agli atti in materia di contratti pubblici, ex art. 35, co. 5, d.lgs. n. 36/23, costituente declinazione dell'art. 24, co. 7, l. n. 241 del 1990, strumentale alla difesa in giudizio, rientra nell'accesso difensivo. Una volta accertati i presupposti dell'accesso, stante la strumentalità della documentazione richiesta rispetto alle esigenze difensive, all'amministrazione e al giudice non è demandata alcuna ultronea valutazione sulla influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione o allo stesso giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso (Cons. Stato, sez. V, n. 887 del 2024, con richiamo a Cons. Stato, Ad. plen., n. 4 del 2021, resa in relazione a fattispecie regolata dal d.lgs. n. 50/2016 ma con cenni alla disciplina recata dal d.lgs. n. 36/2023).

3.4. Sotto il profilo procedimentale, in base all'assetto voluto dal codice dei contratti vigente, va esclusa la necessità di una richiesta di accesso agli atti della procedura di gara, essendo automaticamente riconosciuto, ai sensi dell'art. 36 d.lgs. n. 36/23, a chi partecipa alla procedura di accedere in via diretta a partire dal momento della comunicazione digitale dell'aggiudicazione a "i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione" (cfr. art. 36, co. 1, citato). Depone a favore di tale conclusione quanto riportato nella relazione di accompagnamento al nuovo codice, laddove si afferma che tale previsione è finalizzata ad evitare una eventuale fase amministrativa relativa alle istanze di accesso, consentendo ai partecipanti di conoscere immediatamente la scelta fatta dall'amministrazione e orientarsi sulla opportunità o meno di procedere in sede processuale.

Agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria, viene riconosciuto, dal secondo comma dello stesso articolo 36, un diritto di accesso ancora più "ampio". A tale limitato numero di concorrenti, infatti, la disposizione prevede che siano resi "reciprocamente disponibili", attraverso la stessa piattaforma, non solo gli "atti" di cui al primo comma, ma anche le loro offerte presentate (in particolare, quelle del secondo, terzo, quarto e quinto, comma).

L'art. 36, co. 3, e l'art. 90, co. 3, d.lgs. n. 36/23 prevedono che nella comunicazione dell'aggiudicazione la stazione appaltante dia conto delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di "parti" delle offerte, in ragione della sussistenza di segreti tecnici o commerciali.

Deriva che, una volta intervenuta l'aggiudicazione e la sua comunicazione digitale, 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". L'oscuramento segue ad una specifica richiesta dell'offerente, corredata da una dichiarazione "motivata e comprovata" in ordine alla sussistenza di segreti tecnici e commerciali. Nel caso in cui la richiesta venga presentata, la stazione appaltante nella comunicazione dell'aggiudicazione deve puntualmente dar conto della propria decisione e della motivazione sottesa sia all'accoglimento che al rigetto della stessa (cfr. T.a.r. Toscana, sez. IV, n. 1035/2024).

4. Calando i principi sopra riportati al caso di specie, va innanzi tutto stigmatizzata la condotta dell'amministrazione che non ha reso disponibili, sin dal momento della comunicazione dell'aggiudicazione, i documenti di gara in ossequio a quanto previsto dall'art. 36, co. 1 e 2, d.lgs. n. 36/23. La dedotta impossibilità di pubblicazione nella piattaforma di approvvigionamento digitale, infatti, non esimeva l'amministrazione dal dovere di ostensione/messa a disposizione che avrebbe potuto essere adempiuto anche tramite il semplice invio della documentazione al domicilio digitale degli operatori economici, come poi avvenuto, senza attendere un'apposita istanza in tal senso.

Sotto questo profilo, quindi, sono fondate le doglianze della parte ricorrente che ha dovuto diffidare l'amministrazione e attendere sino al 14 novembre 2024 - e, quindi, sette giorni dopo la comunicazione dell'aggiudicazione - per ottenere parte della documentazione.

5. Ciò posto, si è già detto che la sottrazione all'accesso, ai sensi della disciplina sopra passata in rassegna, può riguardare i contenuti dell'offerta in cui siano state motivatamente riconosciute ragioni di segretezza, nei limiti indicati nell'art. 35, co. 4, d.lgs. n. 36/23.

Occorre a questo punto vagliare la legittimità della scelta della stazione appaltante di oscurare parte dell'offerta tecnica in quanto "*l'Allegato A - Prospetto Riepilogativo delle Principali Caratteristiche Tecniche proposte prodotto da ciascun concorrente appare già sufficiente, in mancanza di specifiche e mirate censure, a garantire il diritto di difesa e la trasparenza dell'azione amministrativa essendo idoneo a fornire il quadro delle caratteristiche tecniche che hanno portato la Commissione all'attribuzione del relativo punteggio*" (cfr. comunicazione dell'aggiudicazione, all. n. 6 al ricorso).

Sotto questo profilo vale la pena di osservare come lo stesso allegato A, che secondo l'amministrazione avrebbe consentito di garantire il diritto di difesa, sia stato in parte oscurato (si veda doc. 7 allegato al ricorso), non risultando indicate le ragioni di tale decisione.

Per quanto attiene alla preclusione dell'accesso all'offerta tecnica (in parte oscurata), né l'amministrazione né la controinteressata - Bioristoro Italia s.r.l. - hanno allegato agli atti del giudizio la "motivata e comprovata" dichiarazione dell'offerente circa l'esistenza di effettivi segreti tecnici e commerciali (art. 35, co. 4, lett. a, d.lgs. 36/2023). Nell'ambito del ricorso la controinteressata allega

generiche ragioni di tutela della propria competitività, assumendo che sarebbe stata la ricorrente a dover comprovare che tali informazioni siano strettamente necessarie all'esercizio del suo diritto di difesa. Senonché l'affermazione sarebbe corretta solo laddove la controinteressata avesse a sua volta comprovato la sussistenza di un segreto commerciale da tutelare.

Nella propria memoria di costituzione, l'amministrazione pare essa stessa non riconoscere la sussistenza di tale esigenze di riservatezza laddove sostiene che, non avendo la ricorrente trasmesso un'istanza di accesso difensivo, le *"limitazioni alla conoscibilità potranno essere accordate anche in caso di mero pregiudizio a interessi economici e commerciali (ex art. 5-bis c. 2 lett. c) d.lgs 33/2013, che non richiede la più severa esistenza di segreti tecnici o commerciali come previsto dall'art. 35, c. 4 lett. a) d.lgs 36/2023 o di un interesse industriale e commerciale come l'art. 24, c. 6 lett. d))"*. Se non fosse che è proprio l'art. 36, co. 3, d.lgs. n. 36/23 che smentisce tale assunto, imponendo che nella comunicazione dell'aggiudicazione *"la stazione appaltante o l'ente concedente [dia n.d.r.] anche atto delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte di cui ai commi 1 e 2, indicate dagli operatori ai sensi dell'art. 35, comma 4, lettera a)"*.

Inquadrate correttamente la consistenza di tale valutazione, è noto che la nozione di segreto tecnico/commerciale va intesa secondo quanto previsto dall'art. 98 d.lgs. n. 30/2005 (Codice della proprietà industriale), essendo richiesto che le informazioni aziendali e commerciali e le 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 (cfr. TAR Piemonte, sez. II, n. 865/2024, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, n. 145/2022, Tar Lazio, sez. I, 11 agosto 2021, n. 9363).

Peraltro, è stato già osservato che generiche ed immotivate ragioni di segretezza industriale e commerciale (che per legge devono essere motivate e comprovate) appaiono difficilmente riferibili ad un settore, come quello della ristorazione, caratterizzato dalla standardizzazione delle filiere e dei contratti commerciali (cfr. ancora T.a.r. Toscana, sez. IV, n. 1035/2024).

È, infine, appena il caso di notare che la ricorrente - seconda classificata nella procedura di gara, con uno scarto minimo di punteggio rispetto all'aggiudicataria - ha comunque espressamente dedotto che la conoscenza delle offerte formulate dall'aggiudicataria è necessaria per tutelare in giudizio il proprio diritto a conseguire l'aggiudicazione della gara: la manifesta rilevanza della documentazione richiesta per la tutela giurisdizionale degli interessi di parte ricorrente rende nel caso di specie recessive le

generiche (e non adeguatamente comprovate) esigenze di non divulgazione di alcuni elementi dell'offerta manifestate dalla controinteressata.

In definitiva, anche l'omessa integrale ostensione dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria è illegittima atteso che dagli atti di causa non emerge in alcun modo che la stazione appaltante abbia correttamente valutato (né che l'operatore economico controinteressato abbia effettivamente dedotto e comprovato) la sussistenza di segreti tecnici o commerciali 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 Ministero dell'Interno ad esibire integralmente e consentire alla ricorrente l'estrazione di: (a) copia integrale dell'offerta tecnica di Bioristoro Italia S.r.l., senza oscuramento dei relativi documenti e tutti gli allegati, (b) copia integrale senza oscuramento dell'Allegato "A" - Prospetto Riepilogativo delle Principali Caratteristiche dell'offerta della Bioristoro Italia S.r.l. , il tutto nel termine di dieci giorni, decorrente dalla comunicazione della presente sentenza o dalla sua notificazione se anteriore.

7. Le spese di lite, tenuto conto della novità delle questioni affrontate, possono essere compensate, ad eccezione del contributo unificato da porsi a carico dell'amministrazione resistente.

P.Q.M

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, condanna il Ministero dell'Interno a consentire alla ricorrente l'accesso, entro il termine di dieci giorni dalla comunicazione della presente sentenza o dalla sua notificazione se anteriore, della documentazione indicata sub. par. 7 della parte motiva del presente provvedimento.

Dispone l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti ad eccezione del contributo unificato da porsi a carico dell'amministrazione resistente.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Agatino Giuseppe Lanzafame, Presidente FF

Caterina Lauro, Referendario, Estensore

Dario Aragno, Referendario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 14 GEN. 2025.