

TAR Lombardia, Sezione Quarta, Ordinanza n. 1609 del 8 maggio 2025

Appalti di servizi – Accesso agli atti – Decisioni SA – Impugnabili entro 10 giorni da aggiudicazione – Segreto tecnico – Obbligo di motivazione SA

Publicato il 08/05/2025

N. 01609/2025 REG.PROV.COLL.

N. 01371/2025 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 1371 del 2025, proposto da

- (...) Coop. Soc., in persona del legale rappresentante pro-tempore, in relazione alla procedura C.I.G. (...), rappresentata e difesa dagli Avv.ti (...) e domiciliata ai sensi dell'art.25 cod. proc. amm.;

contro

- il Comune di (...), in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. (...) ed elettivamente domiciliato presso lo studio dello stesso in (...);

nei confronti

- (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti (...) e domiciliata ai sensi dell'art. 25 cod. proc. amm.;

- Comune di (...), Comune di (...), Comune di (...), Comune di (...) e Comune di (...), in persona dei rispettivi Sindaci pro-tempore, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- della Determinazione Dirigenziale del Comune di (...) n. 255 del 28 febbraio 2025, conosciuta il 7 aprile 2025, con cui è stata aggiudicata in favore di (...) S.r.l. la procedura di gara indetta dal Comune di (...) per l'affidamento del “*servizio di trasporto dell’utenza disabile minori/ adulti a livello distrettuale ovvero per i Comuni dell’Ambito distrettuale di (...) aderenti alla presente procedura ((...), (...), (...), (...), (...), (...)) dal 01/03/2025 al 31/12/2025*”;
- della nota trasmessa tramite Sintel in data 24 marzo 2025 con cui è stato comunicato ad (...) di non essere risultata aggiudicataria della procedura di gara;
- dei verbali di gara;
- della lex specialis, nelle parti di cui in esposizione;
- delle note del Comune di (...) di riscontro alle istanze di accesso formulate da (...) in data 26 febbraio 2025 e 28 marzo 2025, nella parte in cui non è stata fornita l’offerta tecnica di (...) S.r.l. nella sua versione integrale;
- nonché di ogni atto o provvedimento collegato, conseguente o presupposto a quelli sopra indicati;
- nonché per la condanna ex art. 116 cod. proc. amm. del Comune di (...) a consentire la presa visione e l’estrazione di copia dell’offerta tecnica integrale di (...) S.r.l., priva di parti oscure;
- nonché per la condanna del Comune di (...) al risarcimento in favore di (...) nella misura in seguito indicata;
- e per la declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente sottoscritto tra il Comune di (...) e (...) S.r.l., a cui (...) si rende disponibile a subentrare.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di (...) e di (...) S.r.l.;

Vista l’ordinanza n. 475/2025 con cui è stata respinta la domanda di sospensione

dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati e fissata l'udienza pubblica per la trattazione del merito della controversia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, alla camera di consiglio del 7 maggio 2025, il consigliere Antonio De Vita e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di (...), con la determinazione n. 150 del 4 febbraio 2025, ha indetto una procedura negoziata ex art. 50, comma 1, lett. e) e art. 76 del D. Lgs. n. 36 del 2023 per l'affidamento del “*servizio di trasporto dell'utenza disabile minori/adulti a livello distrettuale ovvero per i comuni dell'ambito distrettuale di somma lombardo aderenti alla presente procedura ((...), (...), (...), (...), (...), (...)) dal 01/03/2025 al 31/12/2025*” (C.I.G. (...)) da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un valore complessivo di € 300.872,00.

Alla procedura de qua hanno partecipato (...) Coop Soc. e (...) S.r.l.

All'esito delle operazioni di gara, con la Determinazione Dirigenziale del Comune di (...) n. 255 del 28 febbraio 2025, l'appalto in esame è stato aggiudicato in favore di (...) S.r.l. Poiché la Stazione appaltante, il 24 marzo 2025, ha comunicato soltanto l'aggiudicazione in favore di (...), senza tuttavia allegare il provvedimento di aggiudicazione, e non ha nemmeno reso disponibile l'offerta della predetta aggiudicataria, la ricorrente nella stessa data ha formulato l'istanza di accesso all'offerta tecnica dell'aggiudicataria. In assenza di un positivo riscontro, in data 28 marzo 2025, la ricorrente ha formulato una ulteriore istanza di accesso, solo in parte evasa dalla Stazione appaltante in data 7 aprile 2025, tramite ostensione della determina di aggiudicazione, del contratto di avvalimento e del D.G.U.E. A seguito dell'esame dei documenti ostesi dall'Amministrazione, la ricorrente ha rilevato un possibile profilo di nullità del contratto di avvalimento, in quanto carente degli elementi essenziali richiesti dal D. Lgs. n. 36 del 2023 e dalla lex specialis, cui avrebbe dovuto conseguire l'esclusione dalla gara di (...), non in

possesso dei requisiti richiesti dalla lex specialis per la partecipazione alla gara, né in proprio, né in forza del contratto di avvalimento.

2. Attraverso il ricorso oggetto di scrutinio, oltre alla domanda di annullamento dell'atto di aggiudicazione della gara, è stata altresì dedotta l'illegittima mancata ostensione in formato integrale dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria, più volte richiesta dalla ricorrente.

3. Si sono costituiti in giudizio il Comune di (...) e (...) S.r.l., che hanno chiesto il rigetto del ricorso e hanno altresì dedotto la tardività e l'infondatezza dell'istanza ex art. 36, comma 4, del D. Lgs. n. 36 del 2023.

4. Alla camera di consiglio del 7 maggio 2025, fissata per la trattazione della domanda ai sensi dell'art. 36, comma 4, D. Lgs. n. 36 del 2023, il Collegio, uditi i difensori delle parti, ha trattenuto in decisione la controversia, limitatamente alla predetta istanza.

5. L'istanza oggetto di esame deve essere accolta, con le puntualizzazioni di seguito esplicitate.

5.1. Deve premettersi che la parte ricorrente ha chiesto la condanna del Comune di (...) all'ostensione integrale dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria, richiamando il disposto dell'art. 36 del D. Lgs. n. 36 del 2023, che impone la trasmissione di tutta la documentazione contestualmente alla comunicazione dell'aggiudicazione (cfr. istanza di accesso del 24 marzo 2025, reiterata in data 28 marzo 2025: all. 9 e 11 al ricorso); da ultimo, ossia in data 7 aprile 2025, una volta ricevuta la documentazione ai sensi dell'art. 36 D.Lgs. n. 36 del 2023, la parte ricorrente ha constatato l'avvenuto oscuramento di alcune parti dell'offerta tecnica della controinteressata.

5.2. La domanda di accesso incidentale dovrebbe essere dichiarata irricevibile per tardiva proposizione, poiché la contestazione delle decisioni della Stazione appaltante assunte sulle richieste di oscuramento di parti delle offerte dei partecipanti alla gara, ai sensi dell'art. 35, comma 4, lett. a, del D. Lgs. n. 36

del 2023, devono essere formulate nel rispetto delle prescrizioni contenute nel comma 4 dell'art. 36 del D. Lgs. n. 36 del 2023, secondo il quale “*le decisioni di cui al comma 3 [ovvero le richieste di oscuramento di parte delle offerte formulate dagli operatori] sono impugnabili ai sensi dell'articolo 116 del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato I al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, con ricorso notificato e depositato entro dieci giorni dalla comunicazione digitale della aggiudicazione*”. Difatti, a partire al più tardi dal 7 aprile 2025 – o addirittura dal 24 marzo 2025 – ha cominciato a decorrere il termine di 10 giorni stabilito dall'art. 36, comma 4, del D. Lgs. n. 36 del 2023 per proporre l'impugnazione contro la mancata integrale ostensione dell'offerta dell'aggiudicataria e quindi il deposito del ricorso oggetto di scrutinio in data 18 aprile 2025 risulta intempestivo.

6. Tuttavia, le peculiarità della vicenda processuale, legate alla comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione a quasi un mese di distanza dalla formalizzazione degli esiti della procedura (l'aggiudicazione effettuata in data 28 febbraio 2025 è stata comunicata soltanto il 24 marzo successivo) e l'incertezza in ordine alle effettive tempistiche di ostensione della documentazione di gara (resa disponibile per una parte il 24 marzo 2025 e per la restante parte il 7 aprile), che hanno costretto la ricorrente a proporre diverse istanze di accesso (la prima risalente al 26 febbraio 2025: all. 16 del Comune), unitamente alla novità e alle incertezze applicative correlate al rito processuale contenuto nell'art. 36, commi 4 e 7, del D. Lgs. n. 36 del 2023, inducono il Collegio a riconoscere l'errore scusabile e a esaminare nel merito la domanda della parte ricorrente; sul punto deve rilevarsi che, in applicazione dell'art. 37 cod. proc. amm., “*il giudice può disporre, anche d'ufficio, la rimessione in termini per errore scusabile in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto*” (cfr., tra gli altri, Consiglio di Stato, IV, 4 aprile 2023, n. 3478; T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 21 aprile 2023, n. 985).

La rimessione in termini, secondo la consolidata giurisprudenza, configura un istituto eccezionale, derogando alla generale perentorietà dei termini processuali,

prevista a tutela del pubblico interesse al tempestivo e celere svolgimento del giudizio, oltre che della parità di trattamento delle parti processuali, da sottoporre ai medesimi termini processuali. La sua operatività è da ritenersi limitata alle ipotesi in cui sussista effettivamente un impedimento oggettivo ovvero un errore scusabile in cui sia incorsa la parte processuale, determinato da fatti oggettivi, rappresentati, di regola, dall'oscurità del dettato normativo o dalla formulazione incerta di disposizioni da poco entrate in vigore, dalla sussistenza di contrasti giurisprudenziali o da erronee rassicurazioni fornite da soggetti pubblici istituzionalmente competenti all'applicazione della normativa violata; le norme che la prevedono sono di stretta interpretazione in quanto la disciplina dei termini (in generale e quelli dei riti speciali abbreviati in particolare) è stabilita dal legislatore per ragioni di interesse generale e hanno applicazione oggettiva (cfr. Consiglio di Stato, II, 21 aprile 2023, n. 4034; III, 6 febbraio 2023, n. 1263; T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 2 ottobre 2023, n. 2196).

Nella specie, emerge chiaramente l'incertezza legata alla concreta applicazione della novella normativa recata dall'art. 36 del D. Lgs. n. 36 del 2023 che non è del tutto perspicua nella sua formulazione e non è affatto coordinata con l'istituto dell'accesso riferibile alla generalità degli atti di una gara di appalto (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 30 settembre 2024, n. 2520), cui deve aggiungersi il comportamento non del tutto lineare tenuto dal Comune di (...), che ha atteso oltre venti giorni prima di comunicare l'avvenuta aggiudicazione e non ha osteso immediatamente tutta la documentazione indicata dall'art. 36, comma 1, del D. Lgs. n. 36 del 2023 (cfr. per una fattispecie assimilabile, T.A.R. Lombardia, Milano, IV, ord. 15 novembre 2024, n. 3214).

Deve infine precisarsi che la disciplina processuale applicabile resta pur sempre quella ricavabile dall'art. 36 del D. Lgs. n. 36 del 2023, sia in ragione dell'oggetto dell'istanza da scrutinare – riguardante l'asserito illegittimo oscuramento di una parte dell'offerta tecnica, rientrando pacificamente nello spettro applicativo del

richiamato rito super accelerato (per riferimenti, T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 18 novembre 2024, n. 3235) –, sia per la considerazione che ove la domanda ostensiva fosse stata qualificata alla stregua di una ordinaria richiesta di accesso non avrebbe avuto nessun senso riconoscere l'errore scusabile in favore della parte ricorrente, essendo l'esaminanda istanza incidentale pienamente tempestiva rispetto ai termini ordinari indicati nell'art. 116, comma 2, cod. proc. amm.

7. Passando alla trattazione del merito dell'istanza ai sensi dell'art. 36, comma 4, D. Lgs. n. 36 del 2023, la stessa deve ritenersi meritevole di accoglimento.

8. Deve rammentarsi che la società cooperativa ricorrente si è classificata al secondo posto in graduatoria con riguardo alla procedura indetta dal Comune di (...) in relazione all'affidamento del servizio di trasporto dell'utenza disabile minori/adulti a livello distrettuale e ha già gravato in giudizio l'esito della predetta procedura di gara (con il ricorso cui accede la domanda incidentale di accesso oggetto di odierno scrutinio).

Allo scopo di valutare la fondatezza dell'istanza di accesso integrale al contenuto dell'offerta tecnica della controinteressata non è richiesta innanzitutto la dimostrazione della c.d. prova di resistenza, visto che la mancata conoscenza di parte della citata offerta tecnica della concorrente prima classificata non consente di stabilire a priori l'eventuale fondatezza delle pretese attoree; tale conclusione trova una conferma anche nel dato normativo, che impone alla Stazione appaltante, in automatico e contestualmente alla comunicazione dell'aggiudicazione, di mettere a disposizione in favore degli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria tutti gli atti di gara, ivi comprese le offerte dagli stessi presentate (cfr. il già citato art. 36, commi 1 e 2, del D. Lgs. n. 36 del 2023). Nella sostanza è stato lo stesso legislatore a conferire maggior peso all'interesse all'accesso da parte del concorrente istante – si potrebbe definire un interesse “*in re ipsa*” – non solo alla documentazione, ma anche ai dati, alle informazioni e soprattutto all'offerta dei concorrenti classificati nelle prime cinque

posizioni.

In linea con la costante giurisprudenza, la fondatezza dell'istanza di accesso deve poi considerare, nel bilanciamento tra le esigenze di difesa e la tutela della riservatezza commerciale e industriale, se sia stata adeguatamente evidenziata la *“stretta indispensabilità”* della documentazione richiesta ai fini del giudizio eventualmente già pendente oppure da instaurare (cfr. Consiglio di Stato, V, 20 gennaio 2022, n. 369; T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 23 gennaio 2023, n. 203). Sul punto deve richiamarsi il comma 5 dell'art. 35 del D. Lgs. n. 36 del 2023 secondo il quale, *“in relazione all'ipotesi di cui al comma 4, lettere a) (...), è consentito l'accesso al concorrente, se indispensabile ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi giuridici rappresentati in relazione alla procedura di gara”*. Procedendo sia un riscontro in concreto (sulla necessità di tale verifica concreta, cfr. Consiglio di Stato, V, 14 gennaio 2022, n. 263), secondo quanto verrà successivamente specificato, la parte istante ha convincentemente dato atto della necessità di conoscere il contenuto integrale dell'offerta della concorrente controinteressata al fine di tutelare i propri interessi in giudizio (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 8 febbraio 2022, n. 290).

Del resto, la dimostrazione della *“stretta indispensabilità”*, per non trasformarsi in una probatio diabolica, non può risolversi nel dovere di fornire la prova concreta, circostanziata e certa dell'utilità in ambito processuale della documentazione, bastando, secondo l'id quod plerumque accidit, che la richiesta documentale risulti, ove accolta, direttamente funzionale all'accertamento in sede giurisdizionale e si prospetti come potenzialmente rilevante ai fini dell'accoglimento della proposta (o proponenda) domanda giudiziale (cfr., in generale, Consiglio di Stato, V, ord. 6 febbraio 2023, n. 1231; III, 3 novembre 2022, n. 9588; V, 22 luglio 2022, n. 6448; deve effettuarsi un giudizio prognostico ex ante, al fine di valutare l'acquisizione degli elementi di prova inerenti alla fattispecie costitutiva della situazione giuridica finale, secondo Consiglio di Stato, Ad. plen., 25 settembre 2020, n. 19; da ultimo, T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 30 settembre 2024, n. 2520). Né potrebbe

configurarsi il rischio che l'accesso possa trasformarsi in un'attività meramente esplorativa finalizzata a una "caccia all'errore", tenuto conto che, necessariamente, la parte istante deve essere all'oscuro del contenuto del documento di cui chiede l'ostensione, visto che la legittimazione all'accesso si fonda proprio sulla possibilità di ottenere informazioni in grado di palesare le ragioni, non ancora note, che hanno determinato l'esito della procedura; laddove, invece, la parte avesse già conosciuto aliunde il contenuto del richiamato documento oppure vi fosse la certezza della non pertinenza o inutilità dello stesso, non sussisterebbero i presupposti per accogliere la domanda di esibizione documentale (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, IV, ord. 20 febbraio 2023, n. 425).

Né in sede di accesso possono assumere decisiva rilevanza le dichiarazioni rese dalla controinteressata al fine di opporsi alla ostensione di parti della propria offerta (cfr. all. 13 del Comune), poiché in ragione della tipologia di appalto, non connotato dall'utilizzo di peculiari tecnologie o segreti industriali, ma legato principalmente all'impiego di personale e mezzi per il servizio di trasporto disabili, non sembra che possa determinare un pregiudizio la conoscenza di tali dati da parte di un concorrente che possiede già proprie strutture e organizzazione, peraltro rispetto a una gara già aggiudicata (l'onere di dimostrare la sussistenza di un segreto tecnico o commerciale grava su colui che lo afferma, Consiglio di Stato, III, 19 settembre 2024, n. 7650). Sul punto – a prescindere dalla irrilevanza di opposizioni all'accesso connotate da eccessiva genericità e per nulla circostanziate – può condividersi la giurisprudenza secondo la quale *“la qualifica di segreto tecnico o commerciale deve essere riservata a elaborazioni e studi, di carattere specialistico, che trovino applicazione in una serie indeterminata di appalti e siano in grado di differenziare il valore del servizio offerto solo a condizione che i concorrenti non ne vengano mai a conoscenza”* (T.A.R. Lombardia, Milano, I, 7 marzo 2022, n. 543; anche, IV, 30 settembre 2024, n. 2520; IV, 23 gennaio 2023, n. 203).

Peraltro, nella specie assume rilevanza anche l'ulteriore circostanza che la Stazione

appaltante ha negato l'accesso all'offerta tecnica integrale dell'aggiudicataria limitandosi a recepire in maniera acritica la posizione espressa dalla medesima parte senza ulteriori specificazioni (cfr. all. 15 del Comune). L'Ente resistente non ha svolto quindi alcuna valutazione indipendente in ordine all'opposizione formulata dalla concorrente aggiudicataria, recependola sic et simpliciter, e ha ommesso, ingiustificatamente, di effettuare un autonomo e discrezionale apprezzamento in ordine alla sussistenza dei presupposti per negare l'accesso a una parte della documentazione richiesta, ovvero sulla *“fondatezza della dichiarazione dell'impresa controinteressata circa la sussistenza di specifici ambiti di segretezza industriale e commerciale”* (Consiglio di Stato, III, 16 febbraio 2021, n. 1437; anche, T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 30 settembre 2024, n. 2520; IV, 23 gennaio 2023, n. 203; IV, 8 febbraio 2022, n. 290; I, 24 gennaio 2022, n. 145).

Tale modus operandi risulta illegittimo ed è stato stigmatizzato anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea che ha precisato come *“l'amministrazione aggiudicatrice non può essere vincolata dalla semplice affermazione di un operatore economico secondo la quale le informazioni trasmesse sono riservate, ma deve esigere che tale operatore dimostri la natura realmente riservata delle informazioni alla cui divulgazione esso si oppone (v., in tal senso, sentenza del 7 settembre 2021, Klaipėdosregiono atlieku tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, punto 117). (...) Inoltre, al fine di rispettare il principio generale di buona amministrazione e di conciliare la tutela della riservatezza con le esigenze di effettività della tutela giurisdizionale, l'amministrazione aggiudicatrice deve non solo motivare la sua decisione di trattare determinati dati come riservati, ma deve altresì comunicare in una forma neutra, per quanto possibile e purché una siffatta comunicazione sia tale da preservare la natura riservata degli elementi specifici di tali dati per i quali una protezione è giustificata a tale titolo, il loro contenuto essenziale a un offerente escluso che li richiede, e più in particolare il contenuto dei dati concernenti gli aspetti determinanti della sua decisione e dell'offerta [essendo contraria ai principi del diritto dell'Unione Europea] una prassi delle amministrazioni aggiudicatrici consistente nell'accogliere sistematicamente le richieste di trattamento riservato motivate da segreti*

commercial?” (Corte di Giustizia dell’Unione Europea, IV, sentenza 17 novembre 2022, causa C-54/21).

La ricorrente ha evidenziato che gli oscuramenti le precludono la possibilità di *“valutare il contenuto dell’offerta che è stato oggetto di valutazione da parte della Commissione e in base al quale sono stati assegnati i relativi punteggi, impedendo così di esaminare l’operato della Commissione ed eventualmente contestarlo”* (pag. 17 del ricorso); ciò è rafforzato dalla circostanza che le partecipanti alla gara sono soltanto due e in sede di ricorso si chiede l’estromissione dalla procedura dell’aggiudicataria o, in subordine, la riduzione del punteggio alla stessa assegnato.

Quindi, la parte ricorrente ha dato atto della sussistenza di un interesse specifico alla conoscenza dell’offerta tecnica della controinteressata aggiudicataria in formato integrale, chiarendo le esigenze conoscitive e dimostrando il nesso di strumentalità necessaria tra documentazione richiesta e l’obiettivo perseguito dalla medesima parte istante (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 17 aprile 2023, n. 947).

In ragione di tali presupposti, deve essere fatta applicazione dell’art. 116, comma 4, cod. proc. amm., secondo il quale il Giudice amministrativo, *“sussistendone i presupposti, ordina l’esibizione e, ove previsto, la pubblicazione, dei documenti richiesti”*.

9. In conseguenza di ciò, risulta la sussistenza di un interesse diretto, concreto e attuale della ricorrente a ottenere l’accesso all’integrale all’offerta tecnica presentata dalla concorrente prima classificata nella procedura bandita dal Comune di (...) per l’affidamento del servizio di trasporto dell’utenza disabile minori/adulti a livello distrettuale.

10. Da quanto evidenziato discende l’obbligo in capo al Comune di (...) di consentire l’accesso integrale, entro il termine di 10 (dieci) giorni dalla comunicazione o notificazione della presente ordinanza, all’offerta tecnica della controinteressata (...) S.r.l.

11. In conclusione, la domanda di accesso formulata dalla parte ricorrente deve essere accolta, nei termini in precedenza specificati.

12. La pronuncia sulle spese viene rinviata al definitivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) accoglie, secondo quanto specificato in motivazione, la domanda formulata dalla ricorrente ai sensi dell'art. 116, comma 2, cod. proc. amm.

Spese al definitivo.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 7 maggio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Antonio De Vita, Consigliere, Estensore

Silvia Torraca, Referendario

L'ESTENSORE

Antonio De Vita

IL PRESIDENTE

Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO