

Consiglio di Stato, Sezione Terza, Sentenza n. 474 del 22 gennaio 2025

Appalti di servizi – Accesso agli atti – Ricorrente deve provare indispensabilità documenti richiesti

– Vietato uso emulativo del diritto di accesso

Publicato il 22/01/2025

N. 00474/2025REG.PROV.COLL.

N. 08718/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8718 del 2024, proposto dalla società (...) S.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

Ministero (...), (...), in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

(...) S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio eletto presso il suo studio in (...);

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione

Prima) n. 00470/2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero (...), della (...) e di (...) S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 16 gennaio 2025 il Cons. Giovanni Pescatore e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Questi i fatti all'origine della presente controversia radicata ai sensi dell'art. 36 del decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36 (Codice del contratti pubblici):

-- in data 23 agosto 2024 la (...) s.r.l. - seconda classificata nella graduatoria finale della procedura ristretta indetta dalla (...) per l'affidamento del servizio di ristorazione - ha inoltrato alla stazione appaltante un'istanza di accesso a tutta la documentazione presentata dalla prima classificata (...) s.p.a., preannunciando l'intenzione di voler proporre ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione;

-- in data 26 agosto 2024 la stazione appaltante ha comunicato il differimento dell'accesso agli atti di gara, ai sensi dell'articolo 35, comma 2, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, contestualmente invitando la (...) s.p.a. ad esprimere il consenso ovvero il dissenso all'ostensione dei documenti richiesti;

-- con nota prot. n. 147/2924 del 5 settembre 2024 la (...) s.p.a. ha indicato le parti dell'offerta tecnica e delle giustificazioni inviate in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta che a suo dire andavano sottratte all'accesso, siccome idonee a disvelarne il know how aziendale (si tratta di alcune parti del progetto tecnico, degli accordi preliminari sottoscritti con i propri fornitori e del dettaglio dei relativi costi);

-- con determinazione prot. 132910/2024 del 5 settembre 2024 il (...) ha

comunicato l'avvenuta aggiudicazione del servizio alla (...) s.p.a e, in pari data, la (...) s.r.l. ha reiterato alla stazione appaltante la medesima istanza di accesso proposta in data 23 agosto 2024;

-- il 6 settembre la (...) ha ottemperato a quanto disposto dall'art. 36, comma 1 del d.lgs. 36/2023 pubblicando la determina sul sito istituzionale e trasmettendo tramite piattaforma SDAPA ai primi cinque concorrenti, ivi compresa la (...), svariati documenti tra i quali, asseritamente, anche l'offerta tecnica parzialmente oscurata di (...) s.p.a., la sua offerta economica (ma non le giustificazioni rese in sede di verifica dell'anomalia) e i verbali, ivi incluso il n. 7 del 19 agosto 2024 relativo alla valutazione di congruità dell'offerta;

-- con note prot. n. 137835/24, n. 137801/24 e n. 137740/24 del 16 settembre 2024, in risposta all'istanza di accesso del 5 settembre, la stazione appaltante ha trasmesso alla (...) i restanti documenti, ovvero la documentazione amministrativa, la documentazione a comprova dei criteri premiali previsti nell'offerta tecnica (con oscuramento dei nominativi dei fornitori e dei prezzi da questi praticati all'aggiudicataria) nonché la documentazione relativa alla fase di valutazione dell'anomalia dell'offerta della (...) s.p.a., ivi comprese le giustificazioni;

-- con ricorso notificato e depositato in data 23 settembre 2024, la (...) s.r.l. ha contestato le determinazioni della stazione appaltante, in particolare quelle concernenti l'oscuramento parziale dell'offerta tecnica e l'omesso invio delle giustificazioni dell'offerta, assumendo che fosse stata violata la disciplina di settore.
2. Con la sentenza n. 470/2024 il Tar per l'Abruzzo ha giudicato il ricorso irricevibile per tardività, osservando che:

i) *“dall'articolo 36, commi 3 e 4, si evince chiaramente che tutte le decisioni sulle eventuali richieste di oscuramento, implicite od esplicite, devono essere impugnate entro il termine decadenziale di dieci giorni, decorrente dalla comunicazione dell'aggiudicazione: è in quel momento, infatti, che i concorrenti sono messi nella condizione di comprendere quali atti la stazione appaltante ha inteso rendere noti e quali invece ha inteso sottrarre all'accesso o alla*

divulgazione”;

ii) *“nel caso di specie, la comunicazione digitale dell’aggiudicazione, avvenuta in data 5 settembre 2024, non è stata seguita dalla messa a disposizione di tutta la documentazione richiesta dalla società ricorrente, la quale avrebbe dunque dovuto proporre ricorso avverso il diniego implicito di accesso .. entro e non oltre dieci giorni dalla predetta comunicazione”;*

iii) peraltro, *“la sopravvenuta decisione espressa di oscurare parzialmente l’offerta tecnica dell’aggiudicatario, contenuta nelle note prot. n. 137835/24, n. 137801/24 e n. 137740/24 del 16 settembre 2024, con le quali la stazione appaltante ha accolto solo in parte l’istanza di accesso proposta dalla società ricorrente, deve qualificarsi come meramente confermativa della decisione implicita di oscuramento, desumibile dalla messa a disposizione dell’offerta tecnica in forma parzialmente oscurata e del verbale (n. 7) della seduta riservata del 19 agosto 2024”* (reso disponibile sulla piattaforma di e-procurement contestualmente alla comunicazione digitale dell’aggiudicazione e già recante indicazione degli atti oscurati), sicché essa non è valsa a rimettere in termini la parte rispetto al termine decadenziale di impugnazione del diniego.

2.1. Il Tar ha poi ritenuto il ricorso anche infondato nel merito:

a) sia perché mancava la prova che le parti secretate fossero indispensabili ai fini della difesa in giudizio degli interessi della parte istante, sicché nel bilanciamento degli opposti interessi doveva prevalere quello alla riservatezza dell’aggiudicatario;

b) sia perché la stazione appaltante aveva correttamente ponderate le rispettive istanze in gioco, avendo messo a disposizione di (...) *“tutti dati utili per l’esercizio del diritto di difesa”* ad accezione dei nomi dei fornitori di (...) s.p.a. e dei prezzi dagli stessi praticati, rispetto ai quali, appunto, non era stata dimostrata una specifica utilità in funzione della tutela giudiziale.

3. Con l’appello qui all’esame (...) ha censurato la sentenza del TAR lamentando:

i) l’errata statuizione di irricevibilità del ricorso, in quanto fondata su un’interpretazione del nuovo rito ex art. 36 del d.lgs. 36/2023 ingiustamente restrittiva, in quanto non calzante con l’ipotesi in cui la comunicazione di

aggiudicazione, come avvenuto nella specie, non sia accompagnata dai documenti di gara;

ii) l'erroneità sotto un duplice profilo della statuizione di infondatezza del ricorso, in quanto: a) la prova del nesso di indispensabilità delle informazioni secretate è *in re ipsa* nella posizione della seconda graduata che ricorre avverso l'aggiudicazione; b) l'oscuramento non è stato adeguatamente motivato né da parte della (...) nella propria opposizione agli atti, né da parte della (...) nel successivo provvedimento di diniego.

4. Si sono costituiti in giudizio il (...) (con memoria di stile) e (...) s.p.a., contestando gli assunti avversari ed eccependo nuovamente l'irricevibilità dell'appello per tardività.

5. La causa è passata in decisione all'udienza del 16 gennaio 2025.

6. Va preliminarmente esaminata l'eccezione sollevata da (...) s.p.a. concernente l'asserita tardività dell'appello, perché notificato il 20 novembre e depositato il 21 novembre, in violazione della regola (di cui ai commi 4 e 8 dell'art. 36 del d.lgs. n. 36 del 2023 e applicabile in forza del comma 8 "*anche nei giudizi di impugnazione*") secondo la quale il ricorso avverso le decisioni sull'oscuramento di parti delle offerte andrebbe contestualmente notificato e depositato entro dieci giorni dalla comunicazione digitale di aggiudicazione.

6.1. L'eccezione è infondata.

La norma citata fissa un termine massimo di notifica e deposito ma non impone alcun vincolo di contestualità tra i due incumbenti.

L'appello è dunque ricevibile tenuto conto che la pubblicazione della sentenza impugnata è avvenuta in data 11 novembre 2024, la notifica dell'appello in data 20 novembre 2024 e il deposito in data 21 novembre 2024: essendo stati assolti entrambi gli incumbenti entro dieci giorni dalla comunicazione digitale di aggiudicazione, vi è piena rispondenza al dettato normativo.

7. Nel merito l'appello è infondato.

7.1. (...) ha contestato nel suo atto di appello la soluzione adottata dal Tar sostenendo che:

a) la (...) non avrebbe messo a disposizione nessun documento contestualmente alla comunicazione di aggiudicazione, onde quest'ultima non potrebbe rappresentare il *dies a quo* del ricorso in materia di accesso;

b) una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 36 impone che il termine di dieci giorni debba decorrere “*da quando effettivamente i documenti sono ostesi*” (appello, pag. 6), sicché la comunicazione di aggiudicazione, ove non accompagnata dalla contestuale messa a disposizione dei documenti, “*si rivela “inidonea” a determinare l'operatività e il decorso del menzionato termine di dieci giorni*”, in luogo del quale deve trovare applicazione l'ordinario rito ex art. 116 c.p.a. (appello, pag. 8).

7.2. A questa esposizione dei fatti le parti resistenti hanno replicando osservando che risulta indimostrata l'affermazione della controparte secondo la quale alla data di comunicazione dell'aggiudicazione la Stazione appaltante non avrebbe messo a disposizione i documenti indicati dall'art. 36, comma 1 e, per quanto qui rileva, le offerte dei primi cinque concorrenti, e ciò in quanto:

-- dalle risultanze di primo grado – e in particolare dal doc. 12 all. memoria (...) (e doc. 17 della produzione documentale di primo grado della (...)) - risulta che la (...) ha trasmesso il 6 settembre, ai primi cinque concorrenti, tramite SDAPA, le rispettive offerte e i verbali;

-- dall'estratto della comunicazione su SDAPA del 6 settembre emerge chiaramente che l'amministrazione ha effettuato la comunicazione alle ore 10:21 e che l'odierna appellante ne ha preso visione alle ore 10:28, appena sette minuti dopo.

7.3. A detta ricostruzione in fatto la ricorrente ha ulteriormente replicato nel corso dell'udienza del 5 dicembre 2024, oltre che con successiva memoria depositata il 13 gennaio 2025, che gli unici documenti trasmessi tramite SDAPA il 6 settembre sono i verbali di gara nn. 4, 5 e 7 nonché l'offerta integrale della ditta (...) (doc.

depositato da (...) in data 4 dicembre 2024) e, quanto alla (...), il solo “Modello di offerta tecnica”, vale a dire uno schema di riepilogo nel quale la controinteressata ha indicato, con riferimento ai criteri e sub-criteri di valutazione indicati nella “Tabella dei criteri di Valutazione dell’Offerta Tecnica”, le caratteristiche tecniche della propria offerta e il punteggio ad esse collegate: non sarebbero state fornite, quindi, né l’offerta tecnica, né l’offerta economica della (...), nella loro versione integrale e parzialmente oscurata.

7.4. Il Collegio osserva, tuttavia, che risulta incontestato e pacifico che in data 6 settembre è stato reso disponibile alla (...), sulla piattaforma di e-procurement, il verbale n. 7 del 19 agosto 2024 attraverso il quale – come correttamente osservato dal TAR - *“la società ricorrente è stata messa nelle condizioni di conoscere le ragioni sostanziali della determinazione implicita di non rendere disponibili alcune parti dell’offerta tecnica dell’aggiudicataria e, perciò, di impugnare tempestivamente tale decisione”*. A pag. 8 della sentenza si chiarisce infatti che *“Dal verbale di gara n. 7 della seduta riservata del 19 agosto 2024 risulta che la Commissione giudicatrice, nel formulare il giudizio di non anomalia dell’offerta alla luce della copiosa documentazione prodotta dalla (...) s.p.a., ha ritenuto di non divulgare gli accordi preliminari e i contratti da questa stipulati con i fornitori, le tabelle di calcolo contenenti la stima delle derrate alimentari e le relazioni illustrative aventi ad oggetto le economie di spesa riconducibili a consolidati rapporti commerciali e alla presenza strutturata dell’impresa sul territorio aquilano, dal momento che in essi sono contenuti “segreti tecnici e commerciali, la cui divulgazione può arrecare nocimento alla società prima classificata”*.

7.5. Ciò posto, il Collegio condivide la valutazione espressa dal TAR in ordine alla valenza “sostanziale” attribuibile al detto verbale sotto il profilo della decisione di oscuramento, poiché le ragioni concernenti tale decisione e le parti oscurate sono agevolmente ricavabili dal documento in esame.

7.6. Non solo, ma in aggiunta a ciò occorre considerare che la parte ricorrente non ha affatto contestato nel suo atto di appello questo passaggio motivazionale della sentenza di primo grado che, sviluppando una *ratio decidendi* alternativa rispetto alla

prima (incentrata sulla interpretazione della decorrenza del termine di impugnazione ai sensi dell'art. 36 comma 4 da una decisione di oscuramento anche "implicita o tacita", ricavabile cioè dalla mancata trasmissione in sé del documento) supporta autonomamente la valutazione di tardività del ricorso, in quanto dà conto di come l'amministrazione abbia reso disponibili, "*contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 90*" anche, tra l'altro, "*le decisioni assunte in ordine alle richieste di oscuramento di parti dell'offerta, indicate dall'operatore economico ai sensi dell'articolo 35, comma 4, lettera a) (art. 36 comma 3)*" e come, dunque, da questa comunicazione decorresse, ai sensi dell'art. 36 comma 4, il termine per ricorrere avverso dette "*decisioni della stazione appaltante, aventi ad oggetto l'accoglimento o il rigetto dell'oscuramento di parti delle offerte indicate dai concorrenti*".

7.6. Per le ragioni esposte il primo motivo di appello non può essere accolto.

8. L'appello è comunque infondato anche in relazione al secondo motivo di appello.

8.1. Con esso si sostiene che la prova del nesso di indispensabilità tra la conoscenza delle parti oscurate della documentazione prodotta da (...) e la difesa in giudizio degli interessi di (...) sussisterebbe *in re ipsa* perché quest'ultima riveste la seconda posizione in graduatoria con un ridotto scarto di punteggio e dinanzi al TAR (r.g. 343/2024) pende il giudizio avverso l'aggiudicazione in favore di (...) sicché, in mancanza di conoscenza delle parti oscurate, sarebbe impossibile per la ricorrente (...) ripercorrere l'iter logico seguito dalla commissione nell'attribuzione dei punteggi, né le ragioni di ritenuta congruità dell'offerta.

8.2. A parere di questo Collegio, tuttavia, la specifica utilità difensiva dei documenti solo in parte ostesi risulta solo affermata e non adeguatamente dimostrata, in quanto:

-- ai sensi dell'art. 35 del D.Lgs 36/2023 "*il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione:*
a) *possono essere esclusi in relazione alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione*

dell'offerente, segreti tecnici o commerciali? (comma 4, lett. a); l'accesso a tali informazioni va però consentito *“al concorrente, se indispensabile ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi giuridici rappresentati in relazione alla procedura di gara”* (comma 5);

-- la controinteressata ha formulato una parziale opposizione all'istanza di accesso (doc. 8 depositato da Innova in appello) chiedendo l'oscuramento dei dati *“attinenti alle modalità operative e a soprattutto a specifici accordi con i propri partner commerciali utilizzabili anche in altre analoghe procedure di gara, la cui conoscenza da parte di potenziali concorrenti operanti nello stesso segmento di mercato avvantaggerebbe ingiustificatamente questi ultimi e non sarebbe indispensabile ai fini della tutela delle loro posizioni giuridiche, oppure perché contengono dati sensibili/ dati personale come quelli rinvenibili nei CV allegati”*;

-- la disamina dell'offerta tecnica oscurata poi consegnata dalla (...) alla (...) (cfr. doc. 18-20 della produzione documentale di primo grado della (...)) dimostra come risultino oscurati i soli riferimenti ai nomi e alle sedi dei partner commerciali dell'aggiudicataria, nonché ai prezzi praticati da questi alla (...);

-- dette informazioni in nulla hanno evidentemente influenzato l'attribuzione del punteggio della commissione, che la *lex specialis* associa alla percentuale di prodotti biologici, certificati o IGP forniti, ovvero alla tipologia e quantità di prodotti offerti a km zero etc. (cfr. capitolato, sub criterio B4 e ss., pag. 37 ss), tutte informazioni visibili nell'offerta tecnica consegnata alla (...). Nè si vede (poiché (...) non lo spiega) quale incidenza le medesime informazioni potrebbero assumere in relazione al sindacato sulla sostenibilità dell'offerta economica;

-- vero è che nella memoria depositata il 13 gennaio 2025 la ricorrente dichiara che le notizie oscurate sarebbero necessarie allo svolgimento compiuto di contestazioni in ordine alla *“distanza tra i luoghi indicati in sede di offerta tecnica da (...) e la destinazione finale, rappresentata come noto dalla (...)”*. Tuttavia, dalla lettura del ricorso pendente innanzi al TAR (r.g. 343/2024) si evince che dette censure sono già state compiutamente svolte prendendo a riferimento i luoghi di localizzazione delle aziende indicate come fornitrici di (...) sicché non si vede - né (...) chiarisce -

quale sarebbe l'apporto conoscitivo ulteriore e indispensabile che essa potrebbe ritrarre dai dati oscurati e come questi potrebbero incrementare lo sforzo deduttivo già efficacemente compiuto in giudizio;

-- in definitiva, quindi, la ricorrente non ha allegato – tantomeno provato - come possa incidere e quale vantaggio possa comportare conoscere l'identità dei partner commerciali dell'aggiudicatario e le condizioni da essi praticate nei confronti della (...) negli accordi commerciali tra loro stipulati (sull'onere della prova a carico dell'istante si vedano Cons. Stato, Sez. V, n. 2671 del 2023; id., Sez. III, nn. 7650 del 2024 e 6750 del 2022); mentre, di contro, la stazione appaltante ha adeguatamente motivato la scelta dell'oscuramento parziale, ritenendo fonte di *“grave pregiudizio”* per (...) rendere conoscibile ai competitors *“in modo gratuito e sostanzialmente inutile il know how” aziendale dell'aggiudicatario*, tenuto conto del contesto di stretta concorrenza nel quale operano le diverse imprese partecipanti alla gara, attive nello stesso segmento di mercato, nello stesso territorio geografico e interessate da più procedure contestuali e aventi medesima tipologia;

-- d'altra parte, la giurisprudenza (anche di questa Sezione) ha chiarito che:

i) nell'ambito dei procedimenti ad evidenza pubblica, il rapporto tra accesso e riservatezza delle informazioni fornite dall'aggiudicatario, in relazione alla sussistenza di *“segreti tecnici o commerciali”*, impone al giudice di verificare che sussista uno *“stretto collegamento o nesso di strumentalità tra documentazione richiesta e la situazione finale controversa”*, declinando tale collegamento in termini di *“stretta indispensabilità”* (Cons. Stato, Sez. V, n. 369 del 2022), incombendo l'onere della prova del suddetto nesso di strumentalità su colui che agisce, ossia sul ricorrente (in sede procedimentale, il richiedente l'accesso agli atti) (Cons. Stato, Sez. V, ord. n. 787 del 2023, §. 2.11.), dipendendo la portata di tale onere probatorio dal caso concreto (Cons. Stato, Sez. V, n. 4016 del 2020);

ii) tale meccanismo di filtro è volto ad evitare un *“uso emulativo”* del diritto di accesso finalizzato unicamente a *“giovarsi di specifiche conoscenze industriali o commerciali”*

acquisite e detenute da altri" e tiene conto della condivisibile considerazione per cui la partecipazione ai pubblici appalti non deve tramutarsi in una ingiusta forma di penalizzazione per il soggetto che, risolvendosi in tal senso, si veda esposto a ad una indiscriminata divulgazione di propri strategie e opzioni concorrenziali (Cons. Stato, sez. V, n. 787 del 2023);

iii) in questa prospettiva rilevano anche i precedenti resi su fattispecie analoghe a quella qui in esame e nei quali si è ritenuto non rispondente al criterio della stretta strumentalità *"la richiesta volta ad ottenere i nominativi dei fornitori e dei dipendenti o collaboratori della controinteressata"* (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, n. 572 del 2021 e T.A.R. Sardegna, Sez. I, n. 560 del 2024).

9. L'appello va quindi respinto, pur potendosi disporre - in considerazione della peculiarità e novità delle questioni trattate - la compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese di lite compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 gennaio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

Nicola D'Angelo, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

L'ESTENSORE

Giovanni Pescatore

IL PRESIDENTE

Michele Corradino

IL SEGRETARIO