



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 201 del 2024, proposto da Novida S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Miani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di San Prisco, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Marika Capone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

La XXX Societa' Cooperativa, in persona del rappresentante legale p.t., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

a) della nota prot. n. 23238 del 27/12/2023 a firma del Resp.le della Area 1[^] del Comune di San Prisco contenente il diniego sostanziale di accesso all'offerta tecnica de "La XXX soc. coop.", trasmessa interamente oscurata;

b) per quanto possa occorrere, della nota prot. n. 374 dell'08/01/2024 a firma del Resp.le della Area 1[^] del Comune di San Prisco che, in riscontro alla richiesta della soc. ricorrente di ostensione senza oscuramenti dell'offerta tecnica della soc. controinteressata, ha confermato la sua precedente decisione;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di San Prisco;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 marzo 2024 la dott.ssa Paola Palmarini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in esame la società ricorrente ha impugnato la nota indicata in epigrafe con la quale il Comune di San Prisco ha sostanzialmente negato l'accesso agli atti relativi all'offerta tecnica presentata in sede di gara dalla società cooperativa controinteressata.

Premette la ricorrente di aver partecipato alla gara d'appalto del servizio di refezione scolastica per gli alunni della scuola dell'infanzia indetta dal Comune di San Prisco, classificandosi seconda, con un distacco di appena 1,09 punti, alle spalle de "La XXX soc. coop.", e che:

- in data 21 dicembre 2023 le veniva comunicata la determinazione n. 848 del 20 dicembre 2023 recante l'aggiudicazione in favore della predetta società;
- il giorno successivo presentava istanza di accesso all'offerta (comprendente la documentazione amministrativa, l'offerta tecnica e quella economica) prodotta in gara dalla controinteressata;
- in data 27 dicembre 2023 il Comune trasmetteva la documentazione richiesta con oscuramento pressoché integrale dell'offerta tecnica rappresentando nella nota che *<<relativamente all'offerta tecnica, su espresso e motivato diniego della controinteressata, la stessa risulta oscurata in diversi punti per tutelare il segreto di azienda. Da un esame della documentazione e dalle motivazioni addotte, si rileva che effettivamente l'ostensione delle informazioni oscurate potrebbe pregiudicare le strategie aziendali dell'aggiudicataria, creare alla stessa un pregiudizio economico e compromettere l'equilibrio concorrenziale>>*;
- con nota del 29 dicembre 2023 insisteva nella propria domanda di accesso evidenziando l'assenza di motivazione del diniego;
- ciò, nondimeno, in data 8 gennaio 2024 il Comune confermava il proprio precedente indirizzo.

A sostegno del gravame deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 53 del d.lg. n. 50/2016 nonché il difetto di istruttoria e motivazione.

Secondo la ricorrente l'oscuramento dei dati rilevanti dell'offerta tecnica della controinteressata sarebbe del tutto ingiustificato anche avuto riguardo all'oggetto dell'affidamento (ossia, un servizio di mensa scolastica, per cui risultano difficilmente ipotizzabili segreti tecnici o commerciali).

Si è costituito per resistere il Comune di San Prisco eccependo in rito l'improcedibilità del ricorso essendo nelle more spirati i termini per l'impugnazione della determina di aggiudicazione.

Non si è costituita la società controinteressata.

Con memoria depositata in data 18 marzo 2024 la ricorrente ha replicato all'eccezione sollevata dal Comune insistendo per l'accoglimento del gravame.

La difesa comunale ha in replica eccepito la tardività della memoria da ultimo depositata.

Alla camera di consiglio del 21 marzo 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

Il ricorso è fondato e, pertanto, deve essere accolto.

Preliminarmente, in rito, il Collegio non terrà conto della memoria tardivamente depositata dalla ricorrente in violazione dei termini previsti dall'art. 73 c.p.a.

Sempre in rito va respinta l'eccezione di improcedibilità del gravame sollevata dalla difesa comunale per non essere stata impugnata la determina di aggiudicazione.

In materia il Consiglio di Stato (n. 1263/2024) si è espresso nei seguenti termini: *<<Come chiarito anche di recente da questa Sezione (sent. 20 marzo 2023 n. 2796), con sentenza n. 12 del 2020 l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato ha affrontato e risolto la questione della decorrenza del termine d'impugnazione degli atti delle procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici, e ha valorizzato al riguardo l'individuazione di momenti diversi di possibile conoscenza degli atti di gara, ad ognuno dei quali corrispondono precise condizioni affinché possa aversi decorrenza del termine d'impugnazione dell'aggiudicazione; il tutto nella cornice della considerazione, di carattere generale, per la quale l'individuazione della decorrenza del termine per ricorrere "continua a dipendere dal rispetto delle disposizioni sulle formalità inerenti alla "informazione" e alla "pubblicizzazione" degli atti, nonché dalle iniziative dell'impresa che effettui l'accesso informale con una "richiesta scritta" per la quale sussiste il termine di quindici giorni previsto dall'art. 76, comma 2, del "secondo codice" applicabile per identità di ratio anche all'accesso informale (Cons. Stato, Ad. plen., 2 luglio 2020, n. 12, 27; cfr. al riguardo, anche per la disamina della tassonomia elaborata in relazione ai diversi casi ipotizzabili, Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2022, n. 2525; V, 16 aprile 2021, n. 3127; 19 gennaio 2021, n. 575). Per quanto qui di rilievo, l'Adunanza plenaria ha chiarito che la proposizione dell'istanza d'accesso agli atti di gara comporta una "dilazione temporale" del termine per ricorrere "quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta" (cfr. Cons. Stato, Ad. plen. n. 12 del 2020, cit., sub 32; cfr. al*

riguardo anche *Id.*, III, 27 ottobre 2021, n. 7178, che esclude dilazioni temporali nel caso in cui il vizio risulti già percepibile a prescindere dall'acquisizione di ulteriore documentazione). L'entità della suddetta dilazione temporale è determinata dalla stessa Adunanza plenaria nella misura di 15 giorni, termine previsto dal vigente art. 76, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 per la comunicazione delle ragioni dell'aggiudicazione su istanza dell'interessato (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., n. 12 del 2020, cit., sub 19, richiamato dal 22): il che vale a dire che il termine per proporre ricorso, fermo il *dies a quo* (coincidente, per fattispecie quali quella in esame, con la data di comunicazione del provvedimento d'aggiudicazione ex art. 120, comma 5, cod. proc. amm.), viene incrementato nella misura di 15 giorni, così pervenendo a un'estensione complessiva pari a 45 giorni (Cons. Stato, Ad. plen., n. 12 del 2020, cit., spec. sub 19, che richiama il 14; Cons. Stato, n. 3127 del 2021, cit). Presupposto per l'applicazione della dilazione temporale è a sua volta (oltretutto la natura del vizio da far valere, il quale non deve essere evincibile se non all'esito dell'acquisizione documentale) la tempestività dell'istanza d'accesso, avanzata cioè entro 15 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione (cfr. ancora Cons. Stato, Ad. plen., n. 12 del 2020, 27; cfr. anche Corte cost., 28 ottobre 2021, n. 204, ove si correla espressamente "la dilazione temporale" all'esercizio dell'accesso "nei quindici giorni previsti attualmente dall'art. 76 del vigente 'secondo' cod. dei contratti pubblici"; cfr. ancora Cons. Stato, V, 29 novembre 2022, n. 10470). In tale contesto, a fronte del descritto regime di ordine generale ed a fronte della tempestività della richiesta di accesso nei termini suindicati trova applicazione un diverso (nuovo) termine "qualora l'Amministrazione aggiudicatrice rifiuti l'accesso o impedisca con comportamenti dilatori l'immediata conoscenza degli atti di gara (e dei relativi allegati)" (e cioè "in presenza di eventuali ... comportamenti dilatori" della stessa amministrazione, "che non possono comportare suoi vantaggi processuali, per il principio della parità delle parti", tenuto conto d'altra parte che "L'Amministrazione aggiudicatrice deve consentire all'impresa interessata di accedere agli atti"): in tal caso, infatti, "il termine per l'impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l'interessato li abbia conosciuti" (Cons. Stato, Ad. plen., n. 12 del 2020, cit. 25.2). Alla luce di ciò, si deve ritenere che, laddove l'amministrazione non dia "immediata conoscenza" degli atti di gara, in specie mediante tempestiva risposta alla (anch'essa tempestiva) richiesta d'accesso, da evadere entro il termine di 15 giorni (cfr. Cons. Stato, III, 15 marzo 2022, n. 1792; V, 4 ottobre 2022, n. 8496), si farà applicazione dell'ordinario termine d'impugnazione di trenta giorni, decorrente dalla effettiva ostensione dei documenti richiesti dall'interessata (cfr. Cons. Stato, IV, 11 novembre 2020, n. 6392; V, n. 8496 del 2022, cit.; cfr. anche, per il decorso del termine dall'evasione dell'istanza d'accesso, *Id.*, n. 575 del 2021, cit.; 26 aprile 2022, n. 3197, cit.; 29 aprile 2022, n. 3392)>>

Tornando al caso che occupa la domanda di accesso agli atti è stata tempestivamente presentata dall'interessata il giorno successivo alla comunicazione della determinazione di aggiudicazione; tale istanza è rimasta sostanzialmente inevasa in quanto l'amministrazione, stante la contrarietà della controinteressata (espressa con nota del 27 dicembre 2023), ha fornito una versione in larghissima parte oscurata dell'offerta tecnica; pertanto, alla luce della richiamata giurisprudenza deve ritenersi che il *dies a quo* per impugnare l'aggiudicazione non è ancora individuabile con conseguente interesse della ricorrente alla coltivazione del presente ricorso.

Tutto ciò premesso, il ricorso è, come detto, nel merito fondato.

I commi 5 e 6 dell'art. 53 del d.lg. n. 50/2016 stabiliscono, per quanto qui di interesse, che: <<5. ... sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione: a) 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.....In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto>>.

La giurisprudenza (cft., tra le tante, T.A.R. Roma sez. III, 16/09/2022, n. 11896 e T.A.R. Milano sez. I, 24/10/2022, n. 2316) ha rilevato come la disposizione appena riportata (comma 6) definisca un regime più restrittivo rispetto alla previsione generale sull'accesso difensivo di cui all'art. 24, comma 7, l. n. 241/1990, richiedendo un controllo particolarmente accurato in ordine alla effettiva utilità della documentazione richiesta rispetto alla difesa in giudizio dei propri interessi specificamente correlati all'affidamento pubblico: <<ne consegue che è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità (da riguardarsi, restrittivamente, in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio>>.

Nel caso in esame, risulta evidente che la ricorrente, collocatasi seconda in graduatoria con un minimo distacco dalla prima, ha necessità di conoscere la documentazione relativa all'offerta tecnica dell'aggiudicataria per poter verificare la correttezza dell'operato della stazione appaltante in ordine all'attribuzione del relativo punteggio.

Anche a volere prescindere dalla prevalenza dell'accesso difensivo sul segreto commerciale prevista dal legislatore (art. 53, comma 6, cit.), l'opposizione formulata dalla controinteressata (acriticamente recepita dalla stazione appaltante), riguardante numerose parti dell'offerta tecnica, in nessun modo può integrare la "motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente" dell'esistenza di segreti tecnici e commerciali relativi ad "informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima", di cui all'art. 53, comma 5, lettera a), del codice dei contratti pubblici.

La suddetta disposizione, nel prevedere che l'offerente interessato deve non soltanto motivare ma anche "comprovare" la sussistenza di un segreto, pone a suo carico il preciso onere di individuare concretamente all'interno dell'offerta le specifiche "informazioni" da tutelare e di dimostrare l'effettiva sussistenza di un segreto industriale o commerciale meritevole di salvaguardia (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 29/11/2022, n. 10498; T.A.R. Roma sez. I, 31/01/2023, n. 1723; T.A.R. Roma sez. II, 25/03/2022, n. 3394).

In altre parole, <<non è sufficiente, ai fini della limitazione del diritto di accesso di una concorrente in una gara pubblica agli atti ed ai documenti tecnici della controinteressata aggiudicataria, l'affermazione che questi ultimi attengono, genericamente, al proprio "know how", bensì è necessario che sussista una informazione "precisamente individuata, che sia suscettibile di sfruttamento economico (in grado di garantire un vantaggio concorrenziale all'operatore nel mercato di riferimento) e presenti effettivi e comprovabili caratteri di segretezza oggettiva (non conoscenza o facile accessibilità da parte di altri operatori del settore) e soggettiva (protezione mediante misure organizzative o tecnologiche, o accordi contrattuali)>> (ex plurimis, T.A.R. Roma sez. II-bis, 21.12.2021, n. 13253).

Nel caso di specie, l'opposizione all'accesso della controinteressata è del tutto generica facendo riferimento (come dedotto dalla ricorrente) a una "personale e originale" organizzazione aziendale (la quale è connaturata a ogni tipo di impresa) e non alla sussistenza di specifici "segreti tecnici o commerciali" (va, al riguardo, rammentato che si tratta di un servizio di refezione scolastica); quanto al nominativo dei fornitori, parte ricorrente ha affermato in ricorso di non avere interesse a conoscerne l'identità, pertanto, la stazione appaltante nel consentire l'accesso potrà oscurarne i dati.

In conclusione, il ricorso nei termini che precedono deve essere accolto, con conseguente accertamento dell'illegittimità del diniego parziale di accesso agli atti opposto dalla stazione appaltante nella parte inerente l'offerta tecnica integrale prodotta dalla aggiudicataria.

Le spese seguono la soccombenza nei confronti del Comune costituito e trovano liquidazione in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione, e, per l'effetto dichiara l'obbligo del Comune di San Prisco di consentire alla parte ricorrente di prendere visione ed estrarre copia, previo rimborso del costo di riproduzione e dei diritti di ricerca e visura, della documentazione richiesta con l'istanza di accesso di cui trattasi nel termine di giorni trenta decorrente dalla comunicazione o, se a questa anteriore, dalla notificazione della presente decisione.

Condanna il Comune resistente al pagamento in favore della parte ricorrente delle spese del giudizio che si liquidano in complessivi euro 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre agli accessori di legge e alla rifusione del contributo unificato (nella misura effettivamente versata).

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 21 marzo 2024 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Tomassetti, Presidente

Paola Palmarini, Consigliere, Estensore

Pierangelo Sorrentino, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Paola Palmarini

IL PRESIDENTE
Alessandro Tomassetti

IL SEGRETARIO