

Publicato il 18/11/2024

N. 03235/2024 REG.PROV.COLL.
N. 02657/2024 REG.RIC.



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 per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2657 del 2024, proposto da XXX S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Martinez e Davide Moscuza e con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Filippo Martinez in Milano, corso di Porta Vittoria 28;

contro

YYY S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Lezzi e Federico Milani e con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, corso di Porta Vittoria 9;

nei confronti

di LAA S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giacomo Graziosi e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'accertamento

A) Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

del diritto della ricorrente all'accesso agli atti richiesti sia con istanza del 10/10/2024 (*i.e.* offerta tecnica integrale della controinteressata) sia con istanza del 16/10/2024 (offerta precedentemente caricata a sistema e, in seguito, ritirata dalla controinteressata);

nonché per l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione adottato da *YYY* con Determinazione n. 6919 del 9 ottobre 2024, nella parte in cui quest'ultima ha negato l'accesso alla documentazione della controinteressata *LAA* e per la conseguente disapplicazione e/o, ove occorra, annullamento:

della nota trasmessa a mezzo pec da *YYY*, prot. 6977, il 14/10/2024, con cui la stessa ha riscontrato in modo parziale e incompleto l'istanza d'accesso presentata da *XXX* in data 10 ottobre 2024;

della nota trasmessa a mezzo pec da *YYY*, prot. 7120, il 18/10/2024, con cui la stessa ha riscontrato negativamente la seconda istanza d'accesso presentata da *XXX* in data 16 ottobre 2024, avente ad oggetto l'offerta precedentemente caricata a sistema da *LAA* e poi ritirata;

nonché per l'ordine di esibizione, *ex art.* 116 comma 4 del c.p.a., dell'integrale offerta tecnica presentata in gara dalla controinteressata *LAA* e dell'intera offerta presentata da *LAA*, già caricata sul sistema Sintel il 19 luglio 2024 alle ore 11.50 e poi ritirata il successivo 22 luglio 2024 alle ore 17:15, comprensiva della documentazione amministrativa, offerta tecnica ed economica;

B) Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da *LAA* s.r.l. per il caso di accoglimento della domanda *sub A*):

per l'accertamento del diritto alla ostensione integrale dell'offerta tecnica di *XXX*, previo annullamento della decisione di oscuramento assunta da *YYY* con il provvedimento assunto il 9.10.2024.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di *LAA* S.r.l. e di *YYY* S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 13 novembre 2024 la dott.ssa Silvia Torraca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente ha esposto:

- che, con decisione a contrarre n. 4379 del 12.06.2024, *YYY Attività Strumentali s.r.l.* (nel prosieguo, per brevità, *YYY*) aveva indetto la gara per l'affidamento del “servizio di noleggio, lavaggio, reintegro e gestione del vestiario da lavoro generico e dell’abbigliamento ad alta visibilità per i settori igiene ambientale ed autoparco” di durata quinquennale oltre a eventuale proroga annuale, per un importo complessivo di Euro 996.366 oltre IVA, da aggiudicare con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, assegnando termine per la presentazione delle offerte sino alle ore 18:00 del 22.07.2024;
- che, all’art. 17 del Disciplinare di gara, era previsto che “...*l’operatore economico dovrà inserire in Piattaforma il seguente numero fittizio “1” (tale valore non verrà preso in considerazione ai fini dell’attribuzione del punteggio finale)*”;
- di aver richiesto in data 19.07.2024, a seguito di un problema riscontrato nel caricamento dell’offerta secondo le anzidette modalità, chiarimenti alla stazione appaltante, la quale così aveva risposto in pari data: “*Buongiorno, a rettifica di quanto dichiarato all’art. 17 del Disciplinare di Gara, su piattaforma SINTEL in fase di inserimento dei valori dell’offerta economica, non dovrà essere inserito il valore fittizio “1”, ma bensì il valore identificato come “E” nel “Modello 4 – Offerta economica*”;
- di aver depositato, pertanto, la propria offerta nei termini assegnati (precisamente, alle ore 11:52 del 22.07.2024);
- di aver appreso solo successivamente che, in data 24.07.2024, il termine per la presentazione delle offerte era stato prorogato al 26.07.2024 ore 12:00;

- che, con provvedimento del 09.10.2024 (comunicato in pari data), la gara era stata aggiudicata all'unica ulteriore offerente, LAA s.r.l. (nel prosieguo, per brevità, LAA), con un punteggio pari a 89,40, a fronte di quello di 87,76 assegnato alla ricorrente medesima;
- che la stazione appaltante non aveva reso disponibile l'offerta integrale presentata dall'aggiudicataria, in gran parte oscurata sulla scorta della dichiarazione con cui quest'ultima aveva manifestato la volontà di negare l'accesso in ragione della natura degli elementi oscurati, contenenti segreti tecnici e industriali;
- di aver presentato, in data 10.10.2024, una prima istanza di accesso, cui *YYY* aveva risposto segnalando che parte della documentazione richiesta era stata *medio tempore* pubblicata sulla piattaforma e inviando il report cronologico della procedura;
- che dall'esame di quest'ultimo era emerso che: LAA aveva già provveduto a caricare sul portale di gara un'offerta in data 19.07.2024 alle ore 11:50 (la cui presentazione era andata a buon fine senza errori); il successivo 22.07.2024, alle ore 08:45, *YYY* aveva comunicato a LAA la rettifica pubblicata sulla piattaforma Sintel, avente ad oggetto le nuove modalità di caricamento dell'offerta economica in caso di malfunzionamento telematico; in data 22.07.2024, alle ore 17:15, LAA aveva ritirato l'offerta precedentemente caricata a sistema e, alle ore 17:46, aveva chiesto alla stazione appaltante di disporre una proroga del termine di presentazione delle offerte, a causa di un non meglio precisato problema tecnico; a seguito di ciò, il 24.07.2024 *YYY* aveva disposto la riapertura dei termini e LAA, alle ore 20:18 del medesimo giorno, aveva presentato una nuova offerta;
- di aver presentato, alla luce di quanto emerso, una seconda istanza di accesso relativa all'intera offerta inizialmente presentata da LAA (e, successivamente, ritirata);
- che la suddetta richiesta era stata riscontrata negativamente da *YYY* sul presupposto che *“non è nella disponibilità della Stazione Appaltante. In ogni caso, tale*

documentazione, poiché ritirata, è da intendersi mai versata nella procedura di gara e, quindi, si pone al di fuori del perimetro della documentazione ostensibile”;

- che, in data 21.10.2024, la stazione appaltante aveva ritrasmesso l’offerta di LAA, rendendo nota una esigua parte dell’offerta tecnica, rimasta per lo più oscurata.

Con il ricorso in epigrafe, promosso ai sensi dell’art. 36 D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, la ricorrente ha chiesto l’accesso integrale alla documentazione richiesta sia con istanza del 10.10.2024 (offerta tecnica integrale) sia con successiva istanza del 16.10.2024 (intera offerta precedentemente caricata a sistema dalla controinteressata e, in seguito, ritirata, comprensiva della documentazione amministrativa, offerta tecnica ed economica).

La ricorrente ha dedotto l’impossibilità, per effetto del disposto oscuramento di parte dell’offerta tecnica presentata dall’aggiudicataria, di verificare la bontà del giudizio espresso dalla commissione, tenuto conto dell’esiguo divario tra i punteggi assegnati alle due concorrenti, e ciò tanto più considerato che l’attribuzione del punteggio era avvenuta esclusivamente in forma numerica ovvero mediante rinvio a caratteristiche dell’offerta tecnica non trasfuse all’interno del verbale. Ha lamentato la carenza di motivazione in ordine alla decisione sull’oscuramento.

La ricorrente ha altresì motivato il proprio interesse ostensivo in vista del futuro accertamento sulla rispondenza dei dispositivi di protezione individuale forniti dall’aggiudicataria alla normativa sui Criteri Minimi Ambientali (C.A.M.), da effettuarsi nella fase esecutiva dell’appalto, nonché ai fini della verifica della eventuale anomalia dell’offerta avversaria.

Sulla scorta delle medesime doglianze la ricorrente si duole dell’omessa ostensione dell’offerta originariamente presentata dalla controinteressata e, in seguito, ritirata, ritenendo non convincenti le motivazioni indicate da YYY a sostegno del diniego e insistendo, dunque, nella necessità di verificare *“le ragioni di natura tecnica che hanno spinto LAA a ritirare un’offerta apparentemente*

validata, già caricata a sistema, e a disporre una proroga del termine di presentazione delle offerte per consentire alla stessa aggiudicataria di inoltrare una nuova offerta”.

2. Con atto di mero stile depositato in data 23.10.2024 si è costituita in giudizio *YYY*. Con successiva memoria la parte resistente ha dedotto l'infondatezza del ricorso, chiedendone la reiezione.

In particolare, *YYY* ha precisato che: la riapertura dei termini per la presentazione delle offerte era stata giustificata dalla necessità di garantire il corretto caricamento delle offerte sul portale (visti i problemi tecnici riscontrati) nonché la formulazione di proposte uniformemente compilate, sì da evitare possibili disparità nell'attribuzione del punteggio economico; per tale ragione, in data 22.07.2024 (termine di scadenza per la presentazione delle offerte), *YYY* aveva comunicato a *LAA* il chiarimento già reso in favore della ricorrente; lo stesso giorno, *LAA* aveva ritirato la propria offerta dal portale e tentato di caricare una nuova offerta, compilata secondo le modalità indicate; tuttavia, a causa di un errore tecnico alla stessa non imputabile, *LAA* non era riuscita a caricare la propria offerta sul portale e, pertanto, alle ore 17:46 del 22.07.2024 (e, dunque, a ridosso dell'orario ultimo per la presentazione delle offerte) aveva segnalato tale malfunzionamento sulla piattaforma; alla luce degli anzidetti accadimenti, in data 24.07.2024 *YYY* aveva pubblicato sul portale l'avviso di proroga del termine per la presentazione delle offerte sino alle ore 12:00 del 26.07.2024, termine entro il quale *LAA* aveva provveduto a caricare la nuova offerta.

Con riferimento alla domanda di ostensione della offerta tecnica dell'aggiudicataria, *YYY* ha evidenziato che l'offerta resa disponibile sul portale telematico a partire dal 21 ottobre 2024 (ossia in data successiva alla scadenza del termine *ex art. 36, co. 5 D.lgs. 36/2023*) era ben più ampia di quella caricata subito dopo l'aggiudicazione, con conseguente venir meno dell'interesse azionato dalla ricorrente; in ogni caso, ha ribadito la prevalenza dell'esigenza di mantenere riservato il patrimonio cognitivo e organizzativo utilizzato dalla aggiudicataria rispetto all'interesse difensivo evocato dalla

ricorrente. Quanto alla richiesta di accesso all'offerta ritirata da LAA, ne ha dedotto l'irrilevanza ai fini della eventuale contestazione circa la legittimità della proroga disposta per la presentazione delle offerte e, in ogni caso, l'infondatezza, stante la legittimità della suddetta proroga, oltre che l'inammissibilità, non essendo la predetta offerta nella disponibilità della stazione appaltante.

3. Con atto di mero stile depositato in data 30.10.2024 si è costituita LAA. Con memoria depositata il successivo 31.10.2024 quest'ultima ha controdedotto al ricorso, chiedendone la reiezione. Con il medesimo atto LAA ha proposto ricorso incidentale condizionato, chiedendo, per l'ipotesi di accoglimento della domanda di accesso formulata dalla ricorrente, di poter accedere a propria volta alla relazione tecnica di XXX, in parte oscurata da YYY con provvedimento del 09.10.2024.

4. Con memoria depositata in data 06.11.2024 la ricorrente ha eccepito la inammissibilità della memoria depositata da YYY in seguito alla costituzione, stante la perentorietà del termine di dieci giorni dalla notifica del ricorso fissato per la costituzione dall'art. 36, comma 4 D.Lgs. 36/2023. Ha altresì eccepito la inammissibilità del ricorso incidentale proposto da LAA, attesa la perentorietà del termine di cui all'art. 36, comma 4 cit. ai fini della contestazione delle decisioni di cui al precedente comma 3, e la tardività della medesima memoria in quanto depositata dopo le ore 12:00 del giorno di scadenza.

5. Il giorno antecedente l'udienza fissata per la trattazione del ricorso, LAA ha depositato un'ulteriore memoria, con cui ha replicato alle eccezioni di rito sollevate dalla difesa della parte ricorrente.

6. Deve preliminarmente essere esaminata l'eccezione di tardività del deposito della memoria difensiva di LAA, in quanto effettuato dopo le ore 12.00 dell'ultimo giorno utile.

7. L'eccezione è priva di pregio.

7.1. L'art. 4, comma 4 dell'Allegato 2 al D.Lgs. n. 104 del 2010 (c.p.a.), come modificato dall'art. 7, d.l. 31 agosto 2016, n. 168, prevede che «È assicurata la possibilità di depositare con modalità telematica gli atti in scadenza fino alle ore 24:00 dell'ultimo giorno consentito. Il deposito è tempestivo se entro le ore 24:00 del giorno di scadenza è generata la ricevuta di avvenuta accettazione, ove il deposito risulti, anche successivamente, andato a buon fine. Agli effetti dei termini a difesa e della fissazione delle udienze camerale e pubbliche il deposito degli atti e dei documenti in scadenza effettuato oltre le ore 12:00 dell'ultimo giorno consentito si considera effettuato il giorno successivo».

Secondo la condivisibile giurisprudenza, la norma va interpretata nel senso che i depositi possono sì essere effettuati fino alle ore 24:00, ma che, se effettuati l'ultimo giorno utile rispetto ai termini previsti dall'art. 73, comma 1, c.p.a., ove avvengano oltre le ore 12:00 si considerano effettuati il giorno successivo, e sono dunque tardivi.

Ciò, tuttavia, «limitatamente ai fini della garanzia dei termini a difesa e della fissazione delle udienze camerale e pubbliche».

A chiarimento di quest'ultimo inciso, il Consiglio di Stato (sez. III, 24 maggio 2018 n. 3136) ha precisato che: *“a) se una memoria è depositata alle ore 13 dell'ultimo giorno utile, ai sensi del comma 1 dell'art. 73 c.p.a., la stessa non può essere tenuta in considerazione perché non sono rispettati i termini a difesa, salva la possibilità per la parte autrice del deposito tardivo di chiedere un rinvio della trattazione della questione e sempre che il Collegio ritenga ne sussistano i presupposti (analogo discorso vale per il deposito di documenti); b) se è depositato oltre le ore 12 un ricorso con richiesta di cautelare collegiale, ai fini del computo del termine per la fissazione della relativa camera di consiglio occorre considerare che il deposito è avvenuto il giorno successivo; c) se è depositato un ricorso o un appello alle ore 15 dell'ultimo giorno utile per il deposito, questo si considera avvenuto tempestivamente”*.

7.2. Nel caso di specie, posto che il termine di cui si discute è quello fissato dall'art. 36, comma 4 D.Lgs. 36/2023 per la costituzione in giudizio delle parti

intimate (ossia dieci giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notifica del ricorso – dunque, un termine da computarsi “in avanti”), deve escludersi l’operatività dell’ultimo inciso dell’art. 4, comma 4, disp.att. c.p.a., il cui perimetro applicativo è circoscritto ai termini da computarsi “a ritroso”.

7.3. Pertanto, la memoria difensiva depositata da LAA in data 31.10.2024 deve ritenersi tempestiva.

8. Va, del pari, disattesa l’eccezione di inammissibilità della memoria difensiva depositata da *YYY* successivamente al decorso del termine fissato per la costituzione delle parti intime ai sensi dell’art. 36, comma 4, D.Lgs. 36/2023.

8.1. La norma testé richiamata stabilisce che «Le decisioni di cui al comma 3 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. Le parti intime possono costituirsi entro dieci giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notifica del ricorso»; il successivo comma 7 prevede che «Il ricorso di cui al comma 4 è fissato d'ufficio in udienza in camera di consiglio nel rispetto di termini pari alla metà di quelli di cui all'articolo 55 del codice di cui all'allegato I al decreto legislativo n. 104 del 2010...».

Per effetto delle anzidette disposizioni il legislatore ha introdotto un rito particolarmente accelerato, tratteggiato sulla falsariga del procedimento cautelare ai sensi dell’art. 55, comma 5 c.p.a., con dimezzazione dei termini ivi previsti.

8.2. Ebbene, ritiene anzitutto il Collegio che il termine per la costituzione in giudizio di cui all’art. 36, comma 4, D.Lgs. 36/2023 corrisponda al termine per la costituzione in giudizio prevista per il rito ordinario dall’art. 46 c.p.a., il quale ha pacificamente natura ordinatoria (con la conseguenza che è consentito alle parti costituirsi anche oltre il predetto termine - cfr. l’utilizzo anche nell’art. 36, comma 4 in esame, così come nell’art. 46 c.p.a., del verbo “possono” anziché “devono”) e che per individuare il termine per il deposito

di memorie e documenti sia necessario riferirsi ai termini processuali previsti dall'art. 55, comma 5, c.p.a., dimidiati ai sensi dell'art. 36, comma 7, D.Lgs. 36/2023, con la conseguenza che le parti possono depositare memorie e documenti fino a un giorno libero prima della camera di consiglio.

Tale interpretazione, già fatta propria dalla prima giurisprudenza investita della questione in esame (T.R.G.A. di Trento, 28 ottobre 2024 n. 158), trova del resto conforto nella *“Relazione sulle ricadute del nuovo codice dei contratti pubblici sul processo amministrativo”* a cura dell'Ufficio Studi e Formazione della Giustizia Amministrativa, ove, al par. 5.1.2., circa l'esegesi dell'art. 36 D.Lgs. 36/2023, si legge che *“Per quanto concerne il rito avanti al giudice amministrativo, il comma 7 prevede una disciplina “speciale”: infatti, l'udienza in camera di consiglio deve essere fissata d'ufficio nel rispetto di termini pari alla metà di quelli di cui all'articolo 55 c.p.a.: l'udienza deve tenersi, quindi, nella prima camera di consiglio successiva al decimo giorno dal perfezionamento, anche per il destinatario, dell'ultima notificazione e, altresì, al quinto giorno dal deposito del ricorso. Le parti possono depositare memorie e documenti fino a un giorno libero prima della camera di consiglio”*.

9. Passando allo scrutinio del merito del ricorso, va osservato quanto segue.

10. In primo luogo la ricorrente ha formulato istanza di accesso all'integrale offerta tecnica presentata dalla controinteressata, deducendo l'interesse a verificare la corretta attribuzione dei punteggi tecnici, interesse tanto più evidente alla luce dell'assegnazione alla stessa di un punteggio inferiore di appena 1,64 punti rispetto a quello attribuito alla aggiudicataria nonché dell'avvenuta attribuzione del punteggio esclusivamente in forma numerica ovvero mediante rinvio a caratteristiche dell'offerta non riprodotte nel corpo del verbale.

11. Deve, anzitutto, essere disattesa l'eccezione di carenza di interesse sollevata dalla difesa di *YYY* sul presupposto che l'offerta dell'aggiudicataria resa disponibile sul portale telematico a partire dal 21 ottobre 2024 (ossia in data successiva alla scadenza del termine *ex art. 36, co. 5*

D.Lgs. 36/2023) fosse ben più ampia di quella ostesa subito dopo l'aggiudicazione.

E, invero, oggetto dell'odierno gravame è proprio la (definitiva) decisione di parziale oscuramento dell'offerta tecnica di LAA assunta dalla stazione appaltante successivamente al decorso del termine di cui all'art. 36, comma 5, D.Lgs. 36/2023 (sebbene con quest'ultima YYY avesse già osteso parti dell'offerta tecnica di LAA ulteriori rispetto a quelle rese note con precedente determinazione del 9 ottobre 2024, confermata con nota del 14 ottobre).

12. Ciò premesso, rileva il Collegio che la parte ricorrente ha dato atto della sussistenza di un interesse specifico alla conoscenza della offerta tecnica (integrale) della controinteressata, chiarendo le esigenze conoscitive e dimostrando il nesso di strumentalità necessaria tra documentazione richiesta e l'obiettivo perseguito dalla medesima parte istante.

12.1. 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» (cfr. Consiglio di Stato, IV, 13 dicembre 2021, n. 8302); difatti, *“il ricorso in materia di accesso ai documenti amministrativi, per come recentemente ribadito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, veicola l'accertamento giurisdizionale del diritto dell'istante all'ostensione dei documenti amministrativi richiesti e ciò indipendentemente dai motivi opposti dalla p.a. a sostegno del diniego (cfr. Consiglio di Stato ad. plen., 02/04/2020, n. 10; Cons. St., sez. V, 19 giugno 2018, n. 3956). Il Giudice adito in sede di ricorso ex art. 116 c.p.a. è, quindi, tenuto a valutare nel merito la fondatezza della pretesa ostensiva della parte ricorrente in considerazione degli elementi da quest'ultima adottati a fondamento della stessa. Quanto sopra trova riscontro in quel consolidato orientamento (...) secondo cui «il giudizio di cui all'art. 116 c.p.a., ancorché configurato come impugnatorio, è sostanzialmente volto ad accertare la sussistenza o meno del diritto di accesso del ricorrente ai documenti amministrativi di cui ha chiesto l'ostensione, indipendentemente dalla maggiore o minore correttezza delle ragioni addotte dall'Amministrazione per giustificarne il diniego ovvero dal*

silenzio da questa mantenuto sull'istanza"» (in tal senso T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 20/07/2020, n. 8369)" (T.A.R. Lazio, Roma, II quater, 7 febbraio 2022, n. 1368; anche, T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 15 novembre 2023, n. 2658; IV, 3 marzo 2022, n. 517).

12.2. In linea con la costante giurisprudenza, la fondatezza dell'istanza di accesso deve preliminarmente 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 (Codice dei contratti pubblici) 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». Procedendosi a un riscontro in concreto (sulla necessità di tale verifica concreta, cfr. Consiglio di Stato, V, 14 gennaio 2022, n. 263), secondo quanto in precedenza rilevato, la parte istante ha convincentemente dato atto, anche in fase processuale, della necessità di conoscere il contenuto integrale della offerta tecnica della 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).

12.3. Né in senso ostativo possono assumere decisiva rilevanza le dichiarazioni rese dalla controinteressata, la quale ha motivato la propria richiesta di oscuramento richiamando generiche esigenze di riservatezza del proprio bagaglio esperienziale e *know how*, le quali, così come formulate, appaiono recessive rispetto al diritto di difesa della ricorrente.

Sul punto giova richiamare 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, 23 gennaio 2023, n. 203).

In particolare, ai sensi dell'art. 98 D.lgs. n. 30 del 2005, «per segreti commerciali si intendono le informazioni aziendali e le esperienze tecnico-industriali, comprese quelle commerciali, soggette al legittimo controllo del detentore, ove tali informazioni:

- a) siano segrete, nel senso che non siano nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore;
- b) abbiano valore economico in quanto segrete;
- c) siano sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete».

Ne consegue che non qualsiasi elemento di originalità del servizio offerto è riconducibile entro la categoria dei segreti tecnici o commerciali, perché è inevitabile che ogni operatore possieda elementi che differenziano la propria organizzazione e la propria offerta in una procedura di tipo comparativo, mala qualifica di segreto tecnico o commerciale deve essere riservata ad

elaborazioni e studi ulteriori, di carattere specialistico, che possano trovare 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 a conoscenza (cfr. T.A.R. Campania, Salerno Sez. II, 24febbraio 2020, n. 270).

Nel caso di specie, LAA si è limitata a invocare in maniera del tutto assertiva profili di segretezza degli elementi di *know how* industriale e tecnico riconducibili alla propria esperienza ultradecennale e tali dichiarazioni sono state recepite (ancorché non integralmente) dalla stazione appaltante, in assenza di un autonomo e discrezionale apprezzamento sotto il profilo della validità e pertinenza rispetto alle ragioni dell'opposto diniego.

12.4. Del resto, pur nell'ottica della doverosa considerazione dei profili di riservatezza, va rammentato che la partecipazione alle gare di appalto pubbliche comporta l'accettazione implicita da parte del concorrente delle regole di trasparenza ed imparzialità che caratterizzano la selezione.

Nel caso di specie, assume decisiva rilevanza la circostanza che l'attribuzione del punteggio dell'offerta tecnica sia avvenuta esclusivamente in forma numerica ovvero con motivazione *per relationem*, ossia mediante rinvio agli specifici contenuti dell'offerta tecnica non riprodotti, tuttavia, nel testo del verbale.

L'interesse della ricorrente alla piena conoscenza del contenuto dell'anzidetta offerta risulta, poi, ancor più evidente alla luce dell'esigua differenza rispetto al punteggio alla stessa assegnato (inferiore di appena 1,64 punti).

13. Pertanto, sussiste un interesse diretto, concreto e attuale della ricorrente a ottenere l'accesso all'integrale offerta tecnica presentata dalla controinteressata nell'ambito della procedura di gara di cui è controversia, con conseguente obbligo in capo ad *YYY* di consentire l'accesso integrale alla predetta offerta in favore di *XXX* entro il termine di 10 (dieci) giorni dalla comunicazione o notificazione della presente sentenza.

14. Deve, invece, essere disattesa la ulteriore domanda di accesso alla offerta originariamente presentata da LAA e, in seguito, ritirata (oggetto dell'istanza avanzata dalla ricorrente in data 16/10/2024), in ragione della inesistenza del documento richiesto.

Come già precisato da *YYY* con comunicazione in data 18 ottobre 2024 prodotta *sub doc. 18*, tale documentazione “... - riferendosi...a un'offerta ritirata e sostituita prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte – non è consultabile, né è stata consultata dalla Stazione Appaltante, in conformità alle regole tecniche di funzionamento della Piattaforma e a quanto previsto dal Disciplinare di gara, e non è nella disponibilità della Stazione Appaltante. In ogni caso, tale documentazione, poiché ritirata, è da intendersi mai versata nella procedura di gara e, quindi, si pone al di fuori del perimetro della documentazione ostensibile”.

15. Deve, infine, passarsi al vaglio del ricorso incidentale “condizionato” proposto da LAA, avente ad oggetto, per l'ipotesi di accoglimento della domanda di accesso della ricorrente, la speculare richiesta di ostensione integrale dell'offerta tecnica presentata dalla quest'ultima (parzialmente oscurata dalla stazione appaltante con determinazione del 9 ottobre 2024).

16. Ritiene il Collegio che, alla luce della dichiarazione resa in sede di udienza dal difensore della parte ricorrente circa la disponibilità, da parte di *XXX*, alla trasmissione della propria offerta tecnica in forma integrale a fronte della reciproca ostensione da parte di LAA, sia venuto meno allo stato l'interesse di quest'ultima a coltivare il ricorso incidentale.

E, invero, a fronte dell'accoglimento (nei limiti sopra precisati) del ricorso principale proposto da *XXX* e del conseguente ordine rivolto all'Amministrazione di consentire (nel termine di dieci giorni dalla notificazione o comunicazione della presente sentenza) il richiesto accesso mediante il rilascio di copia della offerta tecnica integrale presentata da LAA, deve intendersi verificato il presupposto a cui la parte ricorrente ha subordinato la disponibilità a ostendere, a propria volta, la propria offerta

tecnica integrale, la quale pertanto verrà reciprocamente trasmessa da quest'ultima a LAA.

17. Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso principale nei limiti di cui in motivazione e dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso incidentale.

Condanna *YYY S.r.l.* e *LAA S.r.l.*

alla rifusione in favore della parte ricorrente delle spese di giudizio, liquidate nella somma complessiva di Euro 2.000,00 (duemila/00), da dividere in parti uguali (Euro 1.000,00 per ciascuna), oltre I.V.A. e C.P.A. come per legge. Dispone altresì la rifusione del contributo unificato in favore della ricorrente e a carico delle parti soccombenti, nella misura di metà per ciascuna.

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

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

Gabriele Nunziata, Presidente

Silvia Cattaneo, Consigliere

Silvia Torraca, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Silvia Torraca

IL PRESIDENTE
Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO