

N. 04946/2025 REG.PROV.COLL.

N. 07878/2024 REG.RIC.



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

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 7878 del 2024, proposto da

Heart Life Croce Amica S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG B00AA5A5C1, rappresentato e difeso dagli avvocati Riccardo Rotigliano, Giuseppe Acierno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Sanitaria Locale Roma 6, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Mario Italiano, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via F. Caracciolo;

nei confronti

Cisa Emergenza Cooperativa Sociale, Medicoop Società Cooperativa Sociale, non costituiti in giudizio;

Medicoop Società Cooperativa Sociale in proprio e Mandataria Rti Medicoop Società Cooperativa Sociale -Dializzati Ital, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Luca Maria Petrone, Francesca Cernuto, con domicilio eletto presso lo studio Luca Maria Petrone in Roma, piazza Paganica 13;

Cisa Emergenza Soc. Coop. A R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Massimo Bersani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Per l'accertamento:

del diritto, ex art. 116, comma 2, c.p.a., all'esibizione della documentazione richiesta con l'istanza del 25 maggio 2023.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale Roma 6 e di Medicoop Società Cooperativa Sociale in proprio e Mandataria Rti Medicoop Società Cooperativa Sociale -Dializzati Ital e di Cisa Emergenza Soc. Coop. A R.L.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 febbraio 2025 la dott.ssa Silvia Piemonte e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

1. Con istanza ex art. 116 co. 2 c.p.a. l'odierna ricorrente, nell'ambito del giudizio impugnatorio avverso l'aggiudicazione della gara per l'affidamento del servizio di trasporto collettivo rivolto a persone con disabilità indetta con deliberazione del 15 gennaio 2024 dalla ASL Roma 6 ex art. 71 del d.lgs. n. 36 del 2023, ove è risultata terza in graduatoria, ha chiesto altresì di ordinare all'Amministrazione resistente "di

produrre in giudizio tutti i documenti afferenti le offerte presentate in gara delle due controinteressate, prive di oscuramenti e/o omissioni”.

Esponde al riguardo la ricorrente che con istanza di accesso del 31 maggio 2024 la stessa ha richiesto all'ASL di rendere ostensibile le offerte tanto del RTI Medicoop – Cooperativa Sociale Dializzati Italia ETS, quanto della CISA Emergenza Cooperativa Sociale e che solamente in data 12 e 20 giugno 2024 l'ASL ha trasmesso la documentazione richiesta, oscurando tuttavia buona parte dell'offerta tecnica di RTI e dell'offerta economica e tecnica di CISA.

2. Nel corso del giudizio si sono costituite la Asl resistente e le due controinteressate.

3. Con riferimento alla istanza ex art. 116 co. 2 c.p.a. l'Amministrazione ha eccepito l'inammissibilità della stessa per non aver parte ricorrente attivato il rito previsto dall'art. 36 del d.lgs. 36 del 2023 e la controinteressata Medicoop ne ha eccepito la tardività e comunque l'infondatezza, non avendo parte ricorrente motivato in ordine ad alcuna ragione difensiva specifica e sussistendo di contro la necessità di tutela dei segreti tecnici e commerciali e del know how della Medicoop,

4. Parte ricorrente ha insistito per l'accoglimento dell'istanza ex art. 116 co. 2 in quanto fondata e contraddetta sulla tardività rilevando che l'ASL ha omesso la comunicazione dell'aggiudicazione nei termini previsti dalla legge e non ha reso disponibili sulla piattaforma di gara ai sensi dell'art. 36, co. 1 e 2, del d.lgs. n. 36 del 2023 gli atti di gara ad eccezione dell'offerta economica dell'aggiudicataria, resa comunque disponibile sulla piattaforma solo il 26.8.2024.

5. All'udienza camerale dell'11 febbraio 2025 la causa è stata trattenuta in decisione con riferimento all'istanza incidentale di accesso.

6. L'eccezione di tardività per violazione dell'art. 36 del d.lgs. n. 36 del 2024 non è fondata.

Non può trovare applicazione il particolare rito accelerato disciplinato dall'articolo 36 del decreto legislativo n. 36 del 2023, in quanto la disciplina speciale dell'accesso prevista dal nuovo Codice dei contratti pubblici non è stata osservata sul versante procedimentale. Invero, la ASST, contestualmente alla comunicazione dell'aggiudicazione dell'8.11.2024, non ha provveduto a rendere disponibile l'offerta dell'aggiudicatario ma ha dato termine all'operatore controinteressato per opporsi motivatamente all'istanza di accesso.

Come affermato dalla Giurisprudenza, nel silenzio della disciplina primaria, deve ritenersi che "(...) nel caso in cui la Stazione appaltante, in violazione del disposto di cui all'art. 36, commi 1 e 2, del D. Lgs. n. 36 del 2023, ometta, integralmente o parzialmente, di mettere a disposizione dei primi cinque concorrenti classificati le offerte degli altri quattro concorrenti e la restante documentazione di gara, deve applicarsi l'ordinario procedimento di accesso agli atti, disciplinato dalla legge n. 241 del 1990, e la disciplina processuale ricavabile dall'art. 116 cod. proc. amm. (senza deroghe), non essendo applicabili le previsioni contenute nel rito super speciale di cui all'art. 36, commi 4 e 7, del D. Lgs. n. 36 del 2023" (TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 30 settembre 2024, n. 2520).

7. Nel caso di specie difatti, per quanto il disciplinare di gara prevedesse espressamente (punto 27) che l'accesso agli atti della procedura fosse assicurato in modalità digitale mediante acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inseriti nelle piattaforme di e-procurement, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 35 del Codice e dalle vigenti disposizioni in materia di diritto di accesso ai documenti amministrativi, secondo le modalità indicate all'articolo 36 del codice, non risulta tuttavia che l'Amministrazione abbia effettivamente provveduto ai richiamati adempimenti in sede di aggiudicazione.

Anzi dalla ricostruzione dei fatti appare che la deliberazione di aggiudicazione recante la data del 6 maggio 2024, sia stata comunicata mediante il sistema solo in data 26 agosto 2024 e che la documentazione di gara sia stata resa disponibile solo a seguito di istanza di accesso come di seguito specificato.

7.1 Non è difatti contestato dall'Amministrazione che la documentazione di gara non sia stata resa disponibile agli operatori mediante le modalità di cui all'art. 36, co. 1, del d.lgs. n.,36 del 2023, ma soltanto allorchè parte istante ha avuto riscontro in ordine alla domanda di presentata in data 31 maggio 2024, con la quale ha chiesto di accedere alla seguente documentazione:

“• Copia di tutta la documentazione contenuta all'interno della A – Documentazione amministrativa;

- Copia di tutta la documentazione contenuta all'interno della B – Offerta tecnica;
- Copia di tutta la documentazione contenuta all'interno della C – Offerta economica;
- Copia di tutta l'eventuale ulteriore documentazione, anche qui non espressamente richiesta, prodotta dalle concorrenti sopra indicate in sede di presentazione della documentazione di gara;
- Copia di tutta l'eventuale ulteriore documentazione, anche qui non espressamente richiesta, prodotta dalle concorrenti sopra indicate successivamente alla data di presentazione della documentazione di gara;
- Eventuali richieste di giustificazione all'offerta economica e relativi riscontri prodotti dal R.T.I. Medicoop – Cooperativa Sociale Dializzati Italia;
- Copia dei verbali delle sedute di gara virtuali pubbliche e private.”

7.2 Risulta dagli atti che con nota del 12 giugno 2024 l'Amministrazione ha trasmesso in riscontro all'istanza di accesso “la documentazione di gara relativa alla

ditta aggiudicataria, oscurata nelle sezioni coperte da segreto tecnico e commerciale.
..la documentazione di gara riferita alla seconda classificata con esclusione dell'offerta tecnica poiché la Ditta in questione ha fornito motivata dichiarazione di come nel progetto tecnico siano contenute informazioni che costituiscono segreti tecnici o commerciali”.

Con riferimento a quest'ultima documentazione la RUP scrivente ha dichiarato “di stare procedendo ad una valutazione di bilanciamento tra l'esigenza di carattere processuale e la compressione del diritto di riservatezza dei segreti tecnici e commerciali, all'esito della quale si darà riscontro”.

Infine sempre con tale nota l'Amministrazione ha fornito all'istante i verbali di gara e i giustificativi dell'offerta economica prodotti dalla RTI aggiudicataria.

Successivamente con nota del 20 giugno 2024 l'Amministrazione ha trasmesso anche l'offerta tecnica della CISA, parzialmente oscurata, nonché della mancata trasmissione del documento relativo alle offerte economiche delle controinteressate, generato automaticamente dal portale di gara.

8. L'istanza è fondata nei termini di cui di seguito.

Il d.lgs. 36/2023, applicabile *ratione temporis*, all'art. 35 prevede che “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” (così, comma 4, lettera a)) salvo che la richiesta ostensiva sia “indispensabile ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi giuridici rappresentati in relazione alla procedura di gara”.

Nel caso di specie l'Amministrazione appare essersi limitata ad aderire in maniera del tutto immotivata alle opposizioni che le controinteressate avrebbero manifestato.

Quest'ultime a loro volta non hanno depositato alcun atto da cui si evinca tale opposizione, e solo il RTI Medicoop nei propri atti difensivi ha esposto l'esistenza un proprio know how maturato in decenni di svolgimento del servizio proprio in favore di altre ASL, senza tuttavia chiarire come l'esistenza di tale necessità sia stata manifestata nel corso della procedura e quali parti dell'offerta contenessero elementi di tale rilevanza.

Osserva il Collegio che l'Amministrazione nelle note del 12 e 20 giugno 2024) si è limitata a mere affermazioni generiche circa l'esistenza di segreti tecnici e commerciali con riferimento alla documentazione della ditta aggiudicataria e quanto invece all'offerta tecnica della seconda classificata, l'iniziale riserva sull'offerta tecnica è stata poi sciolta in maniera implicita, allorchè l'accesso è stato consentito solo al documento in gran parte oscurato.

Non emerge dunque alcuna autonoma valutazione da parte della stazione appaltante circa l'esistenza di effettivi segreti tecnici e commerciali come definiti nel Codice della proprietà industriale, all'art. 98 del d.lgs. n. 30 del 2005, il quale richiede che le informazioni aziendali e commerciali ed esperienze sulle applicazioni tecnico-industriali rispondano a requisiti di segretezza e rilevanza economica e siano soggette, da parte del legittimo detentore, a misure di protezione ragionevolmente adeguate (cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, IV, sentenza 17 novembre 2022, causa C-54/21; Consiglio di Stato, III, 16 febbraio 2021, n. 1437; anche, T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 23 gennaio 2023, n. 203; IV, 8 febbraio 2022, n. 290; I, 24 gennaio 2022, n. 145 TAR Piemonte, sez. II, n. 726/2024).

In altri termini, come affermato da consolidata giurisprudenza, è agli specifici caratteri di cui all'art. 98 del Codice della proprietà industriale che la dichiarazione "motivata e comprovata" circa l'esistenza di un segreto commerciale deve fare

riferimento, non potendo, viceversa, l'operatore limitarsi a una mera e indimostrata affermazione tesa a ricomprendere certe informazioni nel patrimonio aziendale o nella peculiarità dell'offerta.

In mancanza della prova dell'esistenza di segreti commerciali, come sopra delineati, la parte ricorrente è esentata dall'onere di dimostrare l'indispensabilità dell'accesso quale snodo strumentale indefettibile per la difesa in giudizio poiché, nel difetto di concreti elementi di prova sulla sussistenza di reali esigenze di riservatezza, riprendono vigore, in specie, i generali principi di trasparenza e pubblicità dell'azione amministrativa (TAR Piemonte, sez. II, n. 726/2024; Cons. Stato, sez. V, n. 8332/2023).

Inoltre, di fronte all'accesso c.d. difensivo, come precisato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4/2021, "la pubblica amministrazione detentrica del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. non devono invece svolgere ex ante alcuna ultronea valutazione sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione detentrica del documento o al giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso, salvo il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla l. n. 241 del 1990".

Per le ragioni esposte l'istanza di accesso deve essere accolta con conseguente annullamento delle note impugnate nella parte in cui hanno consentito l'ostensione solo parziale delle offerte tecniche richieste.

Non può trovare invece accoglimento la richiesta relativa all'ostensione del documento generato automaticamente dal sistema con riferimento alle offerte economiche, poiché non ricompreso tra gli atti cui si riferiva l'istanza di accesso del 31 maggio 2024.

La stazione appaltante dovrà pertanto consentire l'accesso integrale alle offerte tecniche delle controinteressate entro 10 giorni dalla comunicazione o notificazione della presente ordinanza.

7. In considerazione della peculiarità e novità delle questioni trattate si dispone la compensazione delle spese processuali per la presente fase.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater) sull'istanza formulata ai sensi dell'art. 116, c. 2, cod.proc.amm. la accoglie nei termini di cui in motivazione e per l'effetto annulla le note impugnate nei sensi di cui in motivazione e ordina alla Asl l'esibizione della documentazione entro il termine di 10 giorni dalla comunicazione o notificazione della presente ordinanza.

Spese della presente fase compensate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 febbraio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Maria Cristina Quiligotti, Presidente

Claudia Lattanzi, Consigliere

Silvia Piemonte, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Silvia Piemonte

IL PRESIDENTE
Maria Cristina Quiligotti

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI