

Massima: *Contratti pubblici - Gara pubblica - Opposizione alla richiesta di accesso” anche a prescindere dalla prevalenza dell’interesse difensivo ... deve osservarsi che l’opposizione formulabile in sede procedimentale ... non può essere generica, ma deve essere volta a rappresentare esigenze di segretezza tecnica o commerciale che sono meritevoli di tutela solo per le singole informazioni sottoposte a tutela brevettuale o a privativa industriale o commerciale, che siano puntualmente e motivatamente indicate dall’impresa controinteressata ... spettando al concorrente che si oppone all’accesso di indicare le parti dell’offerta che contengano segreti tecnici o commerciali, con una motivata e comprovata dichiarazione...”*

TAR Campania Napoli sez. IV 20/9/2024 n. 5055



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2809 del 2024, proposto da Romeo Gestioni S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Fimmanò e Federico Dinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Speciale Abc - Acqua Bene Comune Napoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Carbone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Gsa – Gruppo Servizi Associati S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Caruso, Luca Mazzeo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'accertamento

del silenzio diniego formatosi sull’istanza di accesso ai documenti amministrativi del 27 marzo 2024 nonché per la condanna della Stazione appaltante all’ostensione dei documenti richiesti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Gsa – Gruppo Servizi Associati S.p.A. e dell’Azienda Speciale Abc - Acqua Bene Comune Napoli;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 4 settembre 2024 la dott.ssa Germana Lo Sapio 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 società ricorrente ha partecipato alla procedura di gara indetta ai sensi del D.Lgs. n. 50/2016 (applicabile *ratione temporis*) dalla ABC –Acqua Bene Comune Napoli –Azienda Speciale, per l’affidamento dei servizi di “*custodia e sorveglianza non armata a tutela del patrimonio aziendale ubicato nelle province di Napoli e Caserta*” (CIG 9914459663). È risultata prima classificata, ma è stata successivamente esclusa con provvedimento prot. 7528 del 1 febbraio 2024, che è stato annullato, in accoglimento del relativo ricorso, con sentenza della Sezione del 23 maggio 2024, n. 3331 (pende allo stato il giudizio di appello recante n. RG 5233/2024);

2. In pendenza del giudizio di primo grado, parte ricorrente ha proposto, con istanza del 27 marzo 2024, l’accesso documentale ex art. 53 del d. lgs. 50/2016 sull’offerta tecnica e la documentazione di verifica dell’anomalia della controinteressata Gruppo Servizi Associati s.p.a., e, sul presupposto della formazione del silenzio diniego, ha introdotto il presente giudizio ex art. 116 c.p.a.

Nello specifico, la vicenda procedimentale si è così articolata:

-l’amministrazione con nota ha chiesto alla controinteressata di “autorizzare” l’ostensione con nota del 18 aprile 2014;

-la controinteressata si è opposta con nota del 26 aprile 2024 adducendo “*concorrenti ragioni ostantive*” oltre che confermando la sussistenza di “parti secretate” già indicate in sede di offerta: la tardività dell’istanza, intercorsa dopo il termine di cui all’art 79 comma 2 e dopo i trenta giorni dalla conoscenza dell’aggiudicazione e la mancanza di interesse ad accedere agli atti, trattandosi di concorrente – allora – escluso.

-il procedimento non si è mai concluso con un atto espresso, con la conseguente formazione del silenzio diniego sull’istanza di accesso che è oggetto dell’odierno giudizio.

3. Il ricorso è fondato e nessuna delle plurime eccezioni è condivisibile.

4.1. Quanto alla eccezione irricevibilità, il giudizio è stato tempestivamente introdotto ai sensi dell’art 116 c.p.a., comma 1 entro il termine di trenta giorni decorrente dalla formazione del silenzio-diniego.

Non rileva nella fattispecie, il termine indicato dalla controinteressata di quindici giorni ai sensi dell’art. 76 comma 2 c.p.a. che, secondo la giurisprudenza di seguito richiamata, consente una dilazione temporale di quindici giorni per il ricorso introduttivo avverso il provvedimento lesivo a favore dell’impresa auto-responsabile, che abbia formulato istanza di accesso entro i quindici giorni, decorrenti dalla comunicazione o dalla pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione. La

concessione della dilatazione temporale del termine ex art. 120 c.p.a. è, come noto, l'esito di un notevole dibattito registratosi per effetto di mancato coordinamento normativo (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2023, n. 2736; V, 15 marzo 2023, n. 2728; Cons. Stato, sez. V, 29 novembre 2022 n. 10470), tanto da aver indotto l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 2 luglio 2020, n. 12 a indicare principi interpretativi in materia (diversamente, nel cd. Codice dei contratti pubblici vigente di cui al D.Lgs. 36/2023, opera il nuovo rito super accelerato di cui all'art. 36 che prevede un termine breve di dieci giorni, ma solo per impugnare le decisioni assunte in relazione alle richieste di oscuramento e sul diverso presupposto che agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria siano resi disponibili sulla piattaforma digitale tutti gli atti di gara, comprese le reciproche offerte).

Nel caso di specie, il ricorso avverso l'esclusione e la conseguente aggiudicazione è stato tempestivamente proposto nel separato giudizio conclusosi con la sentenza della Sezione n. 3331/2024; né, peraltro, l'amministrazione ha assunto decisioni sulla richiesta di oscuramento restando inerte. Deve ritenersi pertanto applicabile, in via autonoma, il termine indicato nell'art. 116 comma 1 c.p.a.

4.2. Quanto alla inammissibilità per la mancata riferibilità dell'istanza alla odierna ricorrente, che la controinteressata fa derivare dalla sua sottoscrizione solo da parte del difensore, oltre a non trovare fondamento normativo (essendo la procura con le forme prescritte dal codice del processo civile funzionale allo svolgimento di attività giudiziale), la questione è superata in fatto dalla circostanza che la stazione appaltante, riconoscendo la chiara riferibilità dell'istanza di accesso e del relativo interesse conoscitivo alla società ricorrente, ha inoltrato l'istanza alla controinteressata come proveniente dalla Romeo Gestioni S.P.A (cfr. nota prot. 20903 del 18 aprile 2024).

4.3. Quanto alla contestazione circa la sussistenza dell'interesse conoscitivo della ricorrente (al momento della formulazione dell'istanza già ricorrente nel giudizio introdotto per l'annullamento della sua esclusione poi annullata), è sufficiente osservare che la pretesa strumentale dell'operatore economico istante si regge su di una posizione soggettiva differenziata e qualificata derivante dalla sua rituale partecipazione alla gara *de qua* – rispetto alla quale tuttora pende giudizio di appello - ed è assistita da un interesse personale, attuale e concreto, consistente nell'utilità, dichiarata in ricorso di ottenere la caducazione dell'aggiudicazione a sfavore della medesima controinteressata, alla quale il bene è stato attribuito, previo esito positivo del giudizio di anomalia dell'offerta cui si riferisce la documentazione. Risulta, quindi, di per sé obiettivamente percepibile l'interesse conoscitivo alla base della pretesa ostensiva, evidentemente funzionale a soddisfare un'esigenza tutt'altro che eventuale ed esplorativa, e cioè a verificare, attraverso la conoscenza diretta dei contenuti dell'offerta controinteressata (e dei documenti inerenti al sub procedimento di verifica dell'anomalia), la congruenza e la correttezza del metodo di valutazione seguito, specie considerando che proprio per gli effetti conformativi derivanti dalla sentenza di annullamento dell'esclusione (TA.R. Napoli, IV Sez., 23 maggio 2024, n. 3331), il giudizio dovrà essere riformulato anche nei confronti della odierna ricorrente. Restano così aperte, sia per la pendenza dell'appello sia per il doveroso rifacimento di parte del procedimento di gara tutte le opzioni difensive (ivi compresa quella di non attivare alcuna azione giudiziale) che la ricorrente potrà individuare, previo riconoscimento del suo diritto alla conoscenza degli atti di gara, in ossequio al principio di trasparenza (*"l'ostensione del documento amministrativo deve essere valutata, sulla base di un giudizio prognostico ex ante, come il tramite - in questo senso strumentale - per acquisire gli elementi di prova in ordine ai fatti (principali e*

secondari) integranti la fattispecie costitutiva della situazione giuridica finale controversa e delle correlative pretese astrattamente azionabili in giudizio. La deliberazione è condotta sull'astratta pertinenza della documentazione rispetto all'oggetto della res controversa" e non - come può ancora desumersi dal passaggio appena riportato - sull'astratta fondatezza delle censure che la conoscenza della suddetta documentazione permetterebbe all'istante di prospettare nel susseguente giudizio impugnatorio" T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 22 febbraio 2023, n. 353; "l'accesso documentale difensivo non necessariamente deve sfociare in un esito contenzioso in senso stretto" Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 25 settembre 2020, nn. 19-20-21; T.A.R. Lazio, Roma, II, 25 marzo 2022, n. 3394; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 7 aprile 2023, n. 2176; da ultimo, anche con riguardo al già decorso termine per impugnare, Cons. Stato, Sez. VII, 21 marzo 2024, n. 2773)

4.4. Quanto alla posizione della controinteressata e all'interesse alla riservatezza, tutelato mediante il suo coinvolgimento procedimentale, anche a prescindere dalla prevalenza dell'interesse difensivo (cfr., ex multis, T.A.R. Campania, Napoli, IV, 7 aprile 2023, n. 2176; id. III, 19 dicembre 2022, n. 7905; T.A.R. Campania, Salerno, II, 6 luglio 2020, n. 827; da ultimo, T.A.R. Sicilia Palermo, Sez. IV, 11 marzo 2024, n. 955; T.A.R. Napoli, IV Sez, 5 aprile 2024, n. 2228), deve osservarsi che l'opposizione formulabile in sede procedimentale – nonostante l'irrituale riferimento ad una sorta di "autorizzazione" piena all'ostensione contenuta nella più volte citata nota della Stazione appaltante n. 20903 del 18 aprile 2024- non può essere generica, ma deve essere volta a rappresentare esigenze di segretezza tecnica o commerciale che sono meritevoli di tutela solo per le singole informazioni sottoposte a tutela brevettuale o a privativa industriale o commerciale, che siano puntualmente e motivatamente indicate dall'impresa controinteressata (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 24 gennaio 2022, n. 145; cfr. T.A.R. Bologna, Sez. II, 1 marzo 2023, n. 111), spettando al concorrente che si oppone all'accesso di indicare le parti dell'offerta che contengano segreti tecnici o commerciali, con una motivata e comprovata dichiarazione, secondo l'espressa previsione del citato art. 53 del D.Lgs. n. 50 del 2016 (cfr. Cons. Stato, sez. III, 16 febbraio 2021, n.1437; T.A.R. Lombardia, Milano, sezione prima, 7 marzo 2022, n. 543).

In ogni caso, resta comunque fermo l'onere della stazione appaltante di valutare motivatamente le argomentazioni offerte ai fini dell'apprezzamento dell'effettiva rilevanza per l'operatività del regime di segretezza (Cons. Stato, sez. III, 1 agosto 2022, n. 6750), tenendo conto che, se non risulta puntualmente comprovata la sussistenza di detti segreti, riprendono vigore i generali principi di trasparenza e pubblicità dell'azione amministrativa (sotto questo profilo, appare significativo in relazione alla *vis expansiva* della trasparenza anche nella materia dei contratti pubblici che il comma 6 dell'art. 36 del D.lgs 36/2023 consente alla stazione appaltante o all'ente concedente di segnalare all'Anac eventuali comportamenti elusivi degli operatori economici che reiterano continue richieste di oscuramento in assenza di reali rischi per i propri segreti tecnici e commerciali "*nel caso di cui al comma 4 la stazione appaltante o l'ente concedente può inoltrare segnalazione all'ANAC la quale può irrogare una sanzione pecuniaria nella misura stabilita dall'articolo 222, comma 9, ridotta alla metà nel caso di pagamento entro trenta giorni dalla contestazione, qualora vi siano reiterati rigetti di istanze di oscuramento*"; su tali principi, si richiama anche ex art 88 comma 2 lett. d, il precedente della Sezione, 3 luglio 2024, n. 4092, anche per la giurisprudenza ivi citata "*(cfr., ex multis, T.A.R. Campania, Napoli, IV, 7 aprile 2023, n. 2176; id. III, 19 dicembre 2022, n. 7905; T.A.R. Campania, Salerno, II, 6 luglio 2020, n. 827; da ultimo, T.A.R. Sicilia Palermo, Sez. IV, 11 marzo 2024, n. 955; T.A.R. Napoli, IV Sez, 5 aprile 2024, n. 2228)*".

Nel caso di specie, non risulta comprovata l'esistenza di segreti tecnici e commerciali, avendo la controinteressata opposto generiche ragioni ostative, che peraltro attecchivano ai presupposti legittimanti l'accesso da parte della odierna ricorrente. Le ragioni di riservatezza tecnica avrebbero dovuto invece essere supportate da una motivazione pertinente e da elementi specifici e in ogni caso avrebbero dovuto essere oggetto di autonoma valutazione da parte della stazione appaltante che invece, dapprima, ha inoltrato alla controinteressata l'istanza di accesso sollecitando una generica "autorizzazione" all'ostensione; e, successivamente ricevuta l'opposizione della controinteressata, si è astenuta da ogni decisione in merito, con la conseguente formazione del silenzio-diniego.

5. In conclusione, deve pertanto ritenersi che la stazione appaltante deve essere condannata alla ostensione integrale della documentazione richiesta dalla ricorrente, nel termine di 30 giorni, decorrenti dalla comunicazione in via amministrativa o dalla notificazione a cura di parte, se anteriore, della presente sentenza.

6. L'esito del giudizio comporta la condanna al pagamento delle spese di lite del Comune e della controinteressata, in solido, pari alla somma complessiva di euro 2000,00 euro oltre accessori come per legge, in favore della ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto:

-ordina il rilascio di copia, senza alcun oscuramento, della documentazione oggetto di istanza nel termine di 30 giorni, decorrenti dalla comunicazione in via amministrativa o dalla notificazione a cura di parte, se anteriore, della presente sentenza;

- condanna parte resistente e parte controinteressata, in solido, al pagamento delle spese di lite liquidate in complessivi euro 2000,00 oltre accessori come per legge e rimborso del contributo unificato in favore della ricorrente.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 4 settembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Severini, Presidente

Alfonso Graziano, Consigliere

Germana Lo Sapio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Germana Lo Sapio

IL PRESIDENTE

Paolo Severini

