

Pubblicato il 14/01/2025

N. 00584/2025 REG.PROV.COLL.

N. 12061/2024 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 il Lazio

(Sezione Prima Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 12061 del 2024, proposto da Ladisa S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Saverio Sticchi Damiani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero dell'Interno, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Bioristoro Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Antonietta Favale, Matteo Valente, Angelo Annibali e Marco Orlando ed elettivamente domiciliata in Roma, presso lo Studio AOR Avvocati in Via Sistina n. 48, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

-della nota emessa in data 7 novembre 2024 con cui il direttore centrale del Dipartimento dei Vigili del Fuoco, del Soccorso Pubblico e della Difesa Civile – Direzione Centrale per l’Innovazione Tecnologica, la Digitalizzazione e per i Beni e le Risorse Logistiche e Strumentali del Ministero dell’Interno ha comunicato l’aggiudicazione della gara Lotto 19 Scuole Centrali di Formazione – CIG B2181B4D0A in favore di Bioristoro Italia S.r.l. nella parte in cui, ai sensi dell’art. 36, commi 1, 3 e 4 del d.lgs. 36/2023, ha deciso di accogliere l’istanza di oscuramento avanzata dalla predetta società e pertanto di non procedere all’ostensione integrale della documentazione di gara costituente l’offerta tecnica della medesima e i relativi allegati;

-della determinazione della stazione appaltante di non procedere, contestualmente alla comunicazione dell’aggiudicazione in data 7 novembre 2024, a rendere disponibili, attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale, l’offerta tecnica integrale dell’aggiudicatario, compresa di tutti gli allegati e dell’”Allegato A” recante “Prospetto Riepilogativo delle Principali Caratteristiche“ (anch’esso oscurato) e degli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria, nonché dei relativi atti, dati e informazioni presupposti all’aggiudicazione, in aperta violazione delle norme di cui all’art. 36 del d.lgs. 36/2023 e del diritto di difesa della ricorrente;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorchè non conosciuto, con espressa riserva di impugnare con motivi aggiunti,

e per l’accertamento ex art. 116 c.p.a.

del diritto della società Ladisa S.r.l. ad ottenere l’esibizione in versione integrale dell’offerta tecnica, di tutti gli allegati alla stessa non ostesi dalla stazione appaltante, nonché dell’”Allegato A” recante “Prospetto Riepilogativo delle Principali Caratteristiche” dell’aggiudicataria Bioristoro Italia S.r.l.,

e per la conseguente condanna

della resistente ad esibire i suddetti documenti, ai sensi dell'art. 116 c.p.a..

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Bioristoro Italia S.r.l. e del Ministero dell'Interno;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2025 la dott.ssa Caterina Lauro 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 – Ladisa s.r.l. – ha partecipato alla gara indetta dal Ministero dell'Interno per l'affidamento del servizio di ristorazione a basso impatto ambientale, presso le sedi del Corpo Nazionale dei Vigili del Fuoco dal 1° gennaio 2025 al 31 dicembre 2027, suddivisa in lotti, con riferimento al lotto n. 19 “Scuole Centrali di Formazione”, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 108, co. 2, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

La gara è stata aggiudicata alla società Bioristoro, con decreto R. 0000260 del 7 novembre 2024 nell'ambito del quale è stato anche comunicato, ai sensi dell'art. 36, co. 1, 3 e 4, d.lgs. n. 36/23, la decisione di accogliere l'istanza avanzata dalla società aggiudicataria con conseguente oscuramento della sua offerta tecnica, con la motivazione *“l'Allegato A - Prospetto Riepilogativo delle Principali Caratteristiche Tecniche proposte prodotto da ciascun concorrente appare già sufficiente, in mancanza di specifiche e mirate censure, a garantire il diritto di difesa e la trasparenza dell'azione amministrativa essendo idoneo a fornire il quadro delle caratteristiche tecniche che hanno portato la Commissione all'attribuzione del relativo punteggio”*.

La ricorrente, tuttavia, ha riferito di non aver potuto neppure accedere alla documentazione di cui era stata ammessa l'ostensione in quanto non pubblicata ai sensi dell'art. 36, co. 2, d.lgs. n. 36/23: pertanto ha diffidato l'amministrazione; in esito alla diffida la stazione appaltante, in data 14 novembre 2024, ha trasmesso alla ricorrente la documentazione consistente nell'offerta tecnica di Bioristoro – in parte oscurata e senza alcuno degli allegati –, l'Allegato A - Prospetto Riepilogativo delle Principali Caratteristiche – documento anch'esso oscurato in più parti –, oltre ai verbali di gara, all'offerta economica di Bioristoro e ai giustificativi resi da quest'ultima ai fini della verifica di congruità del costo della manodopera dichiarato.

1.1. La ricorrente, pertanto, ha proposto il presente ricorso lamentando il comportamento illegittimo dell'amministrazione e la “*Violazione degli artt. 35 e 36 del d.lgs. n. 36/2023. Violazione del d.lgs. n. 33 del 14.03.2013. Violazione degli artt. 1, 3, 22 e 24 della l. n. 241/1990. Violazione dell'art. 10 del d.P.R. n. 184/2006. Violazione dei principi generali di trasparenza, correttezza e buon andamento dell'azione amministrativa. Violazione del principio di non contraddittorietà. Difetto di motivazione. Violazione del diritto di difesa. Violazione dell'art. 24 Cost. Violazione dell'art. 97 Cost. Eccesso di potere*”.

Ha dedotto, in particolare, la violazione dell'art. 36, d.lgs. n. 36/23, laddove non le è stata immediatamente resa disponibile la documentazione, nella sua qualità di seconda classificata nella procedura in questione. Inoltre, ha contestato la decisione di accogliere la richiesta di oscuramento parziale dell'offerta tecnica presentata da Bioristoro, in quanto non sarebbe stata adeguatamente motivata sulla base di quanto stabilito dagli artt. 35 e 36, d.lgs. n. 36/23, evidenziando come la normativa in esame di ponga in sostanziale continuità con quella previgente. Ha conclusivamente domandato l'ostensione integrale della documentazione in parte oscurata (“*(a) copia dell'offerta tecnica integrale senza oscuramento della Bioristoro Italia S.r.l. con i relativi documenti e tutti gli allegati, (b) copia integrale senza oscuramento dell'Allegato “A” – Prospetto Riepilogativo delle Principali Caratteristiche dell'Offerta della Ditta Bioristoro Italia S.r.l.*”),

sottolineando la prevalenza del proprio interesse, trattandosi di una richiesta di accesso “difensivo” e che “*in assenza dell’ostensione integrale dell’offerta dell’aggiudicataria alla ricorrente sarebbe preclusa la possibilità di prendere cognizione dell’attribuzione dei punteggi che hanno consentito a Bioristoro il conseguimento della prima posizione nella graduatoria finale, considerando che, come emerge da quanto esposto nel punto che precede, le parti oscurate dell’offerta riguardano aspetti a cui sono stati attribuiti punteggi rilevanti e decisivi (a fronte di uno scarto di punteggio minimo tra i due concorrenti)*”; ha aggiunto che quanto asserito dall’amministrazione in merito alla sufficienza, ai fini difensivi, delle informazioni contenute nell’allegato “A” non è condivisibile “*poiché nella specie anche l’Allegato “A” compilato da Bioristoro è stato trasmesso alla Ladisa in larga parte oscurato; (ii) poiché comunque nell’Allegato “A”, contenente il prospetto riepilogativo delle principali caratteristiche dell’offerta, non compaiono, neppure in sintesi, molte parti dell’Offerta attributive dei punteggi e quelle che compaiono indicano solo dati sintetici mancanti della parte descrittiva essenziale ai fini della valutazione.*”.

1.2. Si è costituita Bioristoro s.r.l., depositando memoria il 25 novembre 2024, sostenendo la legittimità dell’operato dell’amministrazione di oscurare parte della documentazione in quanto recante segreti commerciali la cui ostensione le avrebbe cagionato una grave perdita in termini di competitività nel mercato, ricomprendendo gli accordi commerciali con i propri fornitori con i quali ha instaurato da lungo tempo un rapporto di fiducia e di esclusiva, evidenziando proprio tale rete capillare la renda società leader nella ristorazione in Italia.

1.3. Il Ministero dell’Interno ha depositato memoria il 2 dicembre 2024, sostenendo la correttezza del suo operato e rappresentando che la mancata pubblicazione della documentazione non è stata possibile in quanto, allo stato, la piattaforma di approvvigionamento digitale non permette la pubblicazione degli atti richiesti, circostanza resa nota alla ricorrente. Ha aggiunto che la ricorrente non ha mai presentato un’istanza di accesso difensivo e che l’amministrazione non ha potuto

eseguire un bilanciamento tra diritto di difesa e diritto alla riservatezza in mancanza del primo elemento di raffronto. In particolare l'amministrazione sostiene che il disposto dell'art. 36, co. 1, d.lgs. n. 36/23 sia finalizzato alla tutela del principio di trasparenza dell'azione amministrativa e non a quella del diritto difesa, ritenendo che *“nella fattispecie in esame l'oscuramento è ammissibile (si potrebbe dire quasi “doveroso”) anche in caso di (“mero”) pregiudizio ad interessi economici e commerciali (art. 5-bis c.2 lett. c) d.lgs 33/2013) non essendo richiesta la presenza dei più significativi segreti tecnici o commerciali (di cui all'art. 35, c. 4 lett. a) d.lgs 36/2023) o di un interesse industriale e commerciale (di cui all'art. 24, c. 6 lett. d))”*.

1.4. Alla camera di consiglio del 10 gennaio 2025 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il ricorso è fondato e va accolto per le ragioni di seguito esposte.

3. Occorre premettere che l'art. 36, d.lgs. n. 36/23, pur ponendosi nel solco interpretativo della previgente disciplina contenuta nel d.lgs. n. 50/16, introduce un nuovo segmento procedimentale destinato a semplificare l'accesso ai documenti nell'ambito dello svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica.

3.1. Sostiene la stazione appaltante che quanto previsto dalla norma in questione non vada ricondotto all'esercizio del c.d. diritto di accesso difensivo, bensì ad una generica tutela del principio di trasparenza del procedimento amministrativo.

La tesi non convince.

Depongono a sfavore di tale conclusione diverse argomentazioni.

3.2. Il legislatore, nel prevedere - all'art. 36 d.lgs. n. 36/23 - l'immediata ostensibilità degli atti di gara per i primi cinque concorrenti, ha infatti inteso anticipare la conoscibilità di tali documenti, onde consentire alle parti di valutare la correttezza dell'operato dell'amministrazione proprio al fine di evitare che le loro contestazioni siano affidate a ricorsi c.d. “al buio” e di rendere immediatamente conoscibili gli elementi che potrebbero condurre (o convincere a desistere) a contestazioni del

provvedimento di aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 8352/2024). Significativa in tal senso la decisione di introdurre un rito “super accelerato” con la previsione del termine di 10 giorni per promuovere il ricorso ai sensi dell’art. 116 c.p.a. avverso la decisione dell’amministrazione di oscuramento di parte della documentazione.

3.3. Ad avviso della giurisprudenza amministrativa formatasi in argomento, l’istanza relativa agli atti in materia di contratti pubblici, ex art. 35, co. 5, d.lgs. n. 36/23, costituente declinazione dell’art. 24, co. 7, l. n. 241 del 1990, strumentale alla difesa in giudizio, rientra nell’accesso difensivo. Una volta accertati i presupposti dell’accesso, stante la strumentalità della documentazione richiesta rispetto alle esigenze difensive, all’amministrazione e al giudice non è demandata alcuna ultronea valutazione sulla 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 o allo stesso giudice amministrativo nel giudizio sull’accesso (Cons. Stato, sez. V, n. 887 del 2024, con richiamo a Cons. Stato, Ad. plen., n. 4 del 2021, resa in relazione a fattispecie regolata dal d.lgs. n. 50/2016 ma con cenni alla disciplina recata dal d.lgs. n. 36/2023).

3.4. Sotto il profilo procedimentale, in base all’assetto voluto dal codice dei contratti vigente, va esclusa la necessità di una richiesta di accesso agli atti della procedura di gara, essendo automaticamente riconosciuto, ai sensi dell’art. 36 d.lgs. n. 36/23, a chi partecipa alla procedura di accedere in via diretta a partire dal momento della comunicazione digitale dell’aggiudicazione a “i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all’aggiudicazione” (cfr. art. 36, co. 1, citato). Depone a favore di tale conclusione quanto riportato nella relazione di accompagnamento al nuovo codice, laddove si afferma che tale previsione è finalizzata ad evitare una eventuale fase amministrativa relativa alle istanze di accesso, consentendo ai

partecipanti di conoscere immediatamente la scelta fatta dall'amministrazione e orientarsi sulla opportunità o meno di procedere in sede processuale.

Agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria, viene riconosciuto, dal secondo comma dello stesso articolo 36, un diritto di accesso ancora più "ampio". A tale limitato numero di concorrenti, infatti, la disposizione prevede che siano resi "reciprocamente disponibili", attraverso la stessa piattaforma, non solo gli "atti" di cui al primo comma, ma anche le loro offerte presentate (in particolare, quelle del secondo, terzo, quarto e quinto, comma).

L'art. 36, co. 3, e l'art. 90, co. 3, d.lgs. n. 36/23 prevedono che nella comunicazione dell'aggiudicazione la stazione appaltante dia conto delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di "parti" delle offerte, in ragione della sussistenza di segreti tecnici o commerciali. Deriva che, una volta intervenuta l'aggiudicazione e la sua comunicazione digitale, i primi cinque concorrenti in graduatoria hanno diritto ad accedere "direttamente mediante piattaforma" anche alle reciproche offerte, fatto salvo il caso in cui vi siano stati degli "oscuramenti". L'oscuramento segue ad una specifica richiesta dell'offerente, corredata da una dichiarazione "motivata e comprovata" in ordine alla sussistenza di segreti tecnici e commerciali. Nel caso in cui la richiesta venga presentata, la stazione appaltante nella comunicazione dell'aggiudicazione deve puntualmente dar conto della propria decisione e della motivazione sottesa sia all'accoglimento che al rigetto della stessa (cfr. T.a.r. Toscana, sez. IV, n. 1035/2024).

4. Calando i principi sopra riportati al caso di specie, va innanzi tutto stigmatizzata la condotta dell'amministrazione che non ha reso disponibili, sin dal momento della comunicazione dell'aggiudicazione, i documenti di gara in ossequio a quanto previsto dall'art. 36, co. 1 e 2, d.lgs. n. 36/23. La dedotta impossibilità di pubblicazione nella piattaforma di approvvigionamento digitale, infatti, non esimeva l'amministrazione dal dovere di ostensione/messa a disposizione che avrebbe

potuto essere adempiuto anche tramite il semplice invio della documentazione al domicilio digitale degli operatori economici, come poi avvenuto, senza attendere un'apposita istanza in tal senso.

Sotto questo profilo, quindi, sono fondate le doglianze della parte ricorrente che ha dovuto diffidare l'amministrazione e attendere sino al 14 novembre 2024 – e, quindi, sette giorni dopo la comunicazione dell'aggiudicazione - per ottenere parte della documentazione.

5. Ciò posto, si è già detto che la sottrazione all'accesso, ai sensi della disciplina sopra passata in rassegna, può riguardare i contenuti dell'offerta in cui siano state motivatamente riconosciute ragioni di segretezza, nei limiti indicati nell'art. 35, co. 4, d.lgs. n. 36/23.

Occorre a questo punto vagliare la legittimità della scelta della stazione appaltante di oscurare parte dell'offerta tecnica in quanto “*l'Allegato A - Prospetto Riepilogativo delle Principali Caratteristiche Tecniche proposte prodotto da ciascun concorrente appare già sufficiente, in mancanza di specifiche e mirate censure, a garantire il diritto di difesa e la trasparenza dell'azione amministrativa essendo idoneo a fornire il quadro delle caratteristiche tecniche che hanno portato la Commissione all'attribuzione del relativo punteggio*” (cfr. comunicazione dell'aggiudicazione, all. n. 6 al ricorso).

Sotto questo profilo vale la pena di osservare come lo stesso allegato A, che secondo l'amministrazione avrebbe consentito di garantire il diritto di difesa, sia stato in parte oscurato (si veda doc. 7 allegato al ricorso), non risultando indicate le ragioni di tale decisione.

Per quanto attiene alla preclusione dell'accesso all'offerta tecnica (in parte oscurata), né l'amministrazione né la controinteressata – Bioristoro Italia s.r.l. – hanno allegato agli atti del giudizio la “motivata e comprovata” dichiarazione dell'offerente circa l'esistenza di effettivi segreti tecnici e commerciali (art. 35, co. 4, lett. a, d.lgs. 36/2023). Nell'ambito del ricorso la controinteressata allega generiche ragioni di

tutela della propria competitività, assumendo che sarebbe stata la ricorrente a dover comprovare che tali informazioni siano strettamente necessarie all'esercizio del suo diritto di difesa. Senonché l'affermazione sarebbe corretta solo laddove la controinteressata avesse a sua volta comprovato la sussistenza di un segreto commerciale da tutelare.

Nella propria memoria di costituzione, l'amministrazione pare essa stessa non riconoscere la sussistenza di tale esigenze di riservatezza laddove sostiene che, non avendo la ricorrente trasmesso un'istanza di accesso difensivo, le *“ limitazioni alla conoscibilità potranno essere accordate anche in caso di mero pregiudizio a interessi economici e commerciali (ex art. 5-bis c.2 lett. c) d.lgs 33/2013, che non richiede la più severa esistenza di segreti tecnici o commerciali come previsto dall'art. 35, c. 4 lett. a) d.lgs 36/2023 o di un interesse industriale e commerciale come l'art. 24, c.6 lett. d))”*. Se non fosse che è proprio l'art. 36, co. 3, d.lgs. n. 36/23 che smentisce tale assunto, imponendo che nella comunicazione dell'aggiudicazione *“ la stazione appaltante o l'ente concedente [dia n.d.r.] anche atto delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte di cui ai commi 1 e 2, indicate dagli operatori ai sensi dell'art. 35, comma 4, lettera a)”*.

Inquadrate correttamente la consistenza di tale valutazione, è noto che la nozione di segreto tecnico/commerciale va intesa secondo quanto previsto dall'art. 98 d.lgs. n. 30/2005 (Codice della proprietà industriale), essendo richiesto che le informazioni aziendali e commerciali e le 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.

In altri termini, 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 (cfr. TAR

Piemonte, sez. II, n. 865/2024, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, n. 145/2022, Tar Lazio, sez. I, 11 agosto 2021, n. 9363).

Peraltro, è stato già osservato che generiche ed immotivate ragioni di segretezza industriale e commerciale (che per legge devono essere motivate e comprovate) appaiono difficilmente riferibili ad un settore, come quello della ristorazione, caratterizzato dalla standardizzazione delle filiere e dei contratti commerciali (cfr. ancora T.a.r. Toscana, sez. IV, n. 1035/2024).

È, infine, appena il caso di notare che la ricorrente – seconda classificata nella procedura di gara, con uno scarto minimo di punteggio rispetto all'aggiudicataria – ha comunque espressamente dedotto che la conoscenza delle offerte formulate dall'aggiudicataria è necessaria per tutelare in giudizio il proprio diritto a conseguire l'aggiudicazione della gara: la manifesta rilevanza della documentazione richiesta per la tutela giurisdizionale degli interessi di parte ricorrente rende nel caso di specie recessive le generiche (e non adeguatamente comprovate) esigenze di non divulgazione di alcuni elementi dell'offerta manifestate dalla controinteressata.

In definitiva, anche l'omessa integrale ostensione dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria è illegittima atteso che dagli atti di causa non emerge in alcun modo che la stazione appaltante abbia correttamente valutato (né che l'operatore economico controinteressato abbia effettivamente dedotto e comprovato) la sussistenza di segreti tecnici o commerciali tali da paralizzare il diritto di accesso agli atti richiesti.

6. Per quanto esposto il ricorso deve essere accolto.

Ne deriva l'accertamento dell'illegittimità dell'atto gravato nonché del diritto di parte ricorrente ad accedere alla documentazione, cui segue la condanna Ministero dell'Interno ad esibire integralmente e consentire alla ricorrente l'estrazione di: (a) copia integrale dell'offerta tecnica di Bioristoro Italia S.r.l., senza oscuramento dei relativi documenti e tutti gli allegati, (b) copia integrale senza oscuramento

dell'Allegato "A" – Prospetto Riepilogativo delle Principali Caratteristiche dell'offerta della Bioristoro Italia S.r.l. , il tutto nel termine di dieci giorni, decorrente dalla comunicazione della presente sentenza o dalla sua notificazione se anteriore.

7. Le spese di lite, tenuto conto della novità delle questioni affrontate, possono essere compensate, ad eccezione del contributo unificato da porsi a carico dell'amministrazione resistente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, condanna il Ministero dell'Interno a consentire alla ricorrente l'accesso, entro il termine di dieci giorni dalla comunicazione della presente sentenza o dalla sua notificazione se anteriore, della documentazione indicata sub. par. 7 della parte motiva del presente provvedimento.

Dispone l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti ad eccezione del contributo unificato da porsi a carico dell'amministrazione resistente.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Agatino Giuseppe Lanzafame, Presidente FF

Caterina Lauro, Referendario, Estensore

Dario Aragno, Referendario

L'ESTENSORE
Caterina Lauro

IL PRESIDENTE
Agatino Giuseppe Lanzafame

IL SEGRETARIO