



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4282 del 2024, proposto da (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati G. D., S. L., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

comune di (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati A. P., C. C., F. P., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

(...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato S. C., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima) n. 446/2024.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di comune di (...) e di (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 novembre 2024 il Cons. Diana Caminiti e dato atto che gli avvocati S. L., F. P. e S. C. hanno depositato domanda di passaggio in decisione senza discussione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. (...) ha interposto appello avverso la sentenza del Tar per la Toscana, sez. I, 16 aprile 2024, n. 446 che ha dichiarato inammissibile il ricorso, ex art. 116 c.p.a., proposto dalla medesima società, vertente sulla documentazione relativa ad un affidamento diretto, secondo quanto di seguito specificato.

2. Con nota prot. n. 186361 del 8.06.2023 il comune di (...), avviando un'indagine di mercato, ha richiesto a (...) la trasmissione di un preventivo per l'eventuale affidamento diretto, ai sensi dell'art. 1 comma 2, lett. a) del d.l. n. 76 del 2020 e s.m.i. di un servizio di comunicazione massivo, multicanale per comunicazioni di emergenza e informazioni di pubblica utilità (*public warning*) rivolte alla popolazione presente nell'area fiorentina.

La stessa richiesta (con protocollo n. 18635 del 8.06.2023) veniva trasmessa anche ad altro operatore, la (...).

2.1. In data 14.06.2023 (...) ha riscontrato la richiesta dell'Amministrazione trasmettendo: relazione tecnica elenco esperienze pregresse, garanzie del *software* e servizi di manutenzione, prot. n. OFR-01876-T1D2N9.

2.2. A seguito dell'espletata indagine di mercato, in data 22.06.2023, il comune di (...) ha richiesto un preventivo per affidamento diretto, ai sensi dell'art. 1 comma 2 lettera a) d.l. 76 del 2020, del servizio di comunicazione massivo per cui è causa.

2.3. In data 10.07.2023 detta società ha dunque trasmesso al comune di (...) relazione tecnica corredata da preventivo di dettaglio, prot. n. 224318, e con determina dirigenziale n. DD72023/05819 del 11.07.2023 l'amministrazione ha affidato alla stessa il servizio di comunicazione massivo, multicanale per comunicazioni di emergenza e informazioni di pubblica utilità (*public warning*) rivolte alla popolazione (...), mentre la lettera-contratto è stata formalizzata *inter partes* in data 24.07.2023.

2.4. Il provvedimento di affidamento non è stato oggetto di impugnativa.

2.5. Con nota prot. 234878 del 18.07.2023 avente ad oggetto "*Istanza di richiesta di informazioni e di accesso agli atti*", (...) premettendo di essere venuta a conoscenza dell'indizione da parte del comune di (...) di una procedura per l'affidamento del servizio di allerta della popolazione, chiedeva conferma di tale circostanza e, in caso affermativo, di avere copia dei relativi atti.

2.5.1. La richiesta di accesso veniva motivata unicamente sul fatto che "*trattandosi di servizi di primaria importanza è interesse di ciascun ente pubblico avvalersi delle migliori offerte presenti sul mercato di riferimento*".

2.5.2. L'amministrazione, nonostante l'assoluta genericità della richiesta, avviava la procedura di notifica alla controinteressata, inviando a (...), in qualità di affidataria e controinteressata, l'istanza di accesso agli atti, dando alla stessa il termine per la presentazione di eventuale motivata opposizione.

2.5.3. La controinteressata, con nota pec del 01/08/2023, assunta al prot. n. 267538, si opponeva alla richiesta di accesso di (...) con riferimento a varie sezioni della "*Relazione Tecnica corredata da preventivo di dettaglio*", in quanto suscettibili di rilevare il *know-how* commerciale ed industriale della stessa, perché le informazioni contenute nel documento dovevano intendersi "*estremamente confidenziali e riservate in quanto relative al know-how commerciale ed industriale di titolare esclusiva della scrivente: segreti tecnici e commerciali della medesima, esperienze, metodologie e asset proprietari di (...), strategie commerciali e di prodotto. La relazione tecnica stessa costituisce pertanto un "prodotto" dell'organizzazione imprenditoriale che è frutto di scelte, di studi e di esperienza professionale della scrivente*".

2.5.4. Con nota prot. 254013 del 03/08/2023, il Servizio Comunicazione, confermando di aver indetto una procedura informale per l'affidamento diretto del servizio di comunicazione di emergenza e di pubblica utilità, accoglieva pertanto parzialmente la richiesta di (...) precisando che gli atti relativi alla procedura erano pubblicati sul Profilo del Committente ed indicando lo specifico indirizzo *web* in cui potevano essere visionati. Venivano pertanto resi disponibili: la determinazione di affidamento diretto n. 5819 del 11/07/2023; la nota prot. 224498 del 10/07/2023 di autorizzazione su capitolo di bilancio; la richiesta di preventivo prot. n. 14612 del 22.06.2023; la lettera-contratto con (...).

2.6. Con nota prot. 259897 del 10/08/2023, (...), al dichiarato fine di verificare la regolarità della procedura, trattandosi *“(..) di servizi di primaria importanza [rectius per i quali] è interesse di ciascun ente pubblico avvalersi delle migliori offerte presenti sul mercato di riferimento”* presentava una seconda istanza, con la quale chiedeva di avere copia di ulteriori documenti, non oggetto di pubblicazione sul profilo del committente, ossia:

- 1) le note prot.186361 e 186385 indirizzate tramite PEC a (...) ed a (...) in data 08/06/2023 per l'effettuazione dell'indagine di mercato;
- 2) la nota prot 192951 del 14/06/2023 di (...);
- 3) la nota prot 14612 del 22/06/2023 di richiesta di preventivo di dettaglio su piattaforma START inviata dal comune alla Società (...) (doc. 10);
- 4) l'offerta economica presentata da (...) in START con nota prot. 224318 del 10.07.2023.

2.7. Anche in riferimento a tale seconda istanza il comune interpellava la controinteressata che manifestava la sua opposizione per talune sezioni relative ai seguenti documenti: *“Relazione Tecnica Sistema di allerta nowtice”*; *“Elenco esperienze pregresse”*; *“Allegato 1 - Garanzie del Software e Servizi di Manutenzione_nowtice”*; *“(..)nowtice_preventivo”*.

2.8. Con nota prot. 284192 del 08/09/2023, il comune, valutati i presupposti oggettivi e soggettivi della richiesta e qualificata espressamente la stessa come accesso civico generalizzato, accoglieva parzialmente anche questa seconda istanza, trasmettendo gli atti richiesti, apportando gli oscuramenti ritenuti necessari a seguito della valutazione dei motivi di opposizione e delle tutele previste dall'art. 5-bis, comma 2, lett. c) del d.lgs. 33 del 2013.

2.8.1. Nello specifico l'Amministrazione trasmetteva alla ricorrente: le note di preventivo inviate per l'indagine di mercato (prot. n. 186361 e n. 186385, doc 1 e 2); il preventivo (prot. n. 192951) pervenuto da (...) in risposta all'indagine di mercato prot. n. 186361/2023; l'elenco delle esperienze pregresse; la successiva richiesta di preventivo inviata a (...) tramite la piattaforma START, (nota, quest'ultima, pubblicata sul Profilo del Committente e resa disponibile alla ricorrente già con la nota prot 254013 del 03/08/2023); la Relazione tecnica corredata da preventivo di dettaglio presentata da (...) in START, prot. n. 224318 del 10/07/2023.

2.9. Con nota prot. 293770 del 18/09/2023, lo Studio Legale (...), in nome e per conto di (...), precisando, per la prima volta, che le prime due istanze del 18.07.2023 e del 10.08.2023 dovevano intendersi quale richieste di accesso ai sensi della legge 241 del 1990 e non come accesso civico generalizzato, chiedeva *“l'invio degli atti senza oscuramenti, nella loro versione integrale e originale”*

Secondo la prospettazione dei legali, la qualificazione in termini di accesso documentale, pur non esplicitata, sarebbe stata evidente in quanto (...) avrebbe *“indicato di essere concorrente di (...)”* e che tale circostanza era conosciuta dal comune *“(..) in virtù di rapporti commerciali pregressi”*. Da ciò sarebbe conseguentemente discesa, secondo l'assunto della ricorrente, l'inapplicabilità dell'art. 5, comma 5 e dell'art. 5bis, c. 2 lett. c) del d.lgs. 33/2013, trattandosi di una tipologia di accesso (quello ex l. n. 241/90) *“più profondo”* dell'accesso civico generalizzato e tale da *“(..) consentire di poter verificare l'intero contenuto degli atti, per permettere, all'istante, la verifica della corrispondenza tra le richieste avanzate dal comune, relative alle caratteristiche minime del servizio e alle condizioni economiche dell'affidamento, e l'offerta presentata dalla controinteressata....”*.

2.10. Con nota prot. 300616 del 22/09/2023, l'amministrazione comunale, ricordata l'assenza di qualificazione dell'accesso contenuta nelle prime due richieste e che comunque "i rapporti commerciali pregressi", peraltro derivanti da precedenti procedure di affidamento diretto, "non costituiscono presupposto e legittimazione per l'applicabilità dell'art. 24 della L. 241/90", confermava le sue precedenti determinazioni, ritenendo di aver reso disponibili i documenti richiesti con forme e modalità rispettose del d.lgs. n. 33 del 2013.

2.11. (...) ometteva di impugnare l'accoglimento con oscuramenti dell'08.09.2023 e l'atto (da intendersi di conferma in senso proprio) del 22.09.2023 e per il tramite dei propri legali, presentava una nuova richiesta di accesso agli stessi atti, con cui i legali si limitavano a specificare che:

" - (...) ha interesse ad accedere agli atti della procedura di affidamento, potendone verificare integralmente il contenuto, allo scopo di verificare la legittimità degli atti della procedura che ha condotto all'affidamento del servizio e, in particolare ma non solo, verificare la corrispondenza fra l'offerta tecnica ed economica presentata dall'aggiudicataria e i requisiti minimi fissati dal comune. E' del tutto evidente che le obliteratezioni di parti essenziali degli atti operate dal comune non consentono la detta verifica. Quest'ultima rappresenta lo strumento per accertare la legittimità dell'affidamento;

- (...) conosce bene, essendo un'azienda leader nel settore da moltissimi anni, quali sono le dotazioni tecniche necessarie ad assicurare l'efficienza e la sicurezza del servizio oggetto di aggiudicazione in una città delle dimensioni come quella di (...) ed è suo legittimo interesse accertare, quale impresa concorrente che da anni investe nella qualità dei servizi, se l'affidamento sia avvenuto o meno in presenza delle dotazioni tecniche necessarie ad un suo corretto svolgimento".

2.12. Con nota prot. 358075 del 09.11.2023, il comune, dopo aver ripercorso il procedimento con il quale aveva accolto, seppure con oscuramenti, le precedenti istanze, riscontrava anche quest'ultima nota, rispondendo che non si ravvisavano in essa elementi per discostarsi da quanto già dedotto nella precedente risposta prot. 300616 del 22.09.2023, concludendo che "pertanto si conferma che questa Amministrazione ritiene di aver accolto l'istanza stessa rendendo disponibili i documenti richiesti nelle forme e modalità adeguate ai sensi del D.lgs. 33/2013, tenuto conto dei contrapposti interessi dell'istante e della controinteressata, e in carenza, da parte di (...) dei presupposti che legittimerebbero il diritto di accesso documentale ex art. 22 della l. 241 del 1990 (ossia la titolarità di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata)"

2.13. Solo tale ultima nota veniva impugnata innanzi al Tar toscano.

3. Il giudice di *prime cure*, con la sentenza in epigrafe indicata, ha dichiarato il ricorso inammissibile, in accoglimento delle eccezioni delle resistenti, comune di (...) e (...) con assorbimento delle residue questioni pregiudiziali e di merito e condanna alla refusione delle spese processuali, sulla base della natura meramente confermativa della nota impugnata rispetto alle note precedenti e dell'assenza dell'obbligo dell'Amministrazione di riesaminare l'ennesima istanza, posto che già con la diffida dei legali del mese di settembre si era rappresentato che l'istante era un concorrente e che l'istanza doveva essere qualificata come accesso difensivo, ai sensi della l. 241 del 1990.

4. Avverso tale sentenza (...) ha formulato, in tre motivi di appello, le seguenti censure:

I) Violazione o falsa applicazione degli articoli 35 e 116 del codice del processo amministrativo, nonché degli articoli 1, 3, 22, 23 e 25 della legge n. 241/1990 in relazione alla qualificazione giuridica della non novità del contenuto dell'istanza di accesso agli atti del 11.10.2023;

II) Violazione o falsa applicazione degli articoli 35 e 116 del codice del processo amministrativo, nonché degli articoli 1, 3, 22, 23 e 25 della legge n.241/1990, in relazione alla qualificazione giuridica del contenuto della nota del 22.09 del comune di (...) e alla individuazione della portata della sua lesività;

III) Pretesa violazione o falsa applicazione degli articoli 35 e 116 del codice del processo amministrativo, nonché degli articoli 1, 3, 22, 23 e 25 della legge n.241/1990, anche in relazione all'art. 97 cost. – Asserita sussistenza dell'interesse all'accesso.

5. Con la memoria di costituzione la controinteressata ha riproposto, ex art. 101 comma 2 c.p.a., le eccezioni assorbite *in prime cure*, riferite dal pari all'inammissibilità del ricorso per mancata specificazione nelle prime tre istanze del nesso di strumentalità e per mancata impugnazione della determina di affidamento, ormai cristallizzata.

6. Il comune di (...) si è del pari costituito, depositando articolata memoria difensiva in vista dell'udienza di discussione, insistendo per la reiezione dell'appello.

6.1. Parte appellante e la controinteressata hanno prodotto sia memoria di discussione che di replica, ex art. 73 comma 1 c.p.a., instando nei rispettivi assunti.

7. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza camerale del 14 novembre 2024.

8. Con la prima censura (...) lamenta che la statuizione del Tar Toscana, al capo 2.1 avrebbe errato nell'affermare che *«l'ulteriore istanza presentata dalla ricorrente il 10/11 ottobre 2023, ancora a mezzo dei propri legali, si colloca a valle di un nuovo diniego e va intesa come reiterazione di un'istanza già respinta con provvedimento non impugnato. Essa non contiene alcun elemento di novità rispetto alle istanze precedenti, tali non potendosi considerare i riferimenti all'accesso documentale disciplinato dalla legge n. 241/1990 e all'interesse rivendicato da (...) come concorrente di (...), che, lo si è visto, erano già presenti nella nota del 22 settembre e sui quali il comune si era pronunciato negativamente»*

Secondo parte appellante le affermazioni contenute nella sentenza di *prime cure* sarebbero *“frutto di un'errata valutazione del contenuto delle istanze di accesso agli atti”*; ciò in quanto (...) con la terza istanza, (presentata dalla stessa con nota prot. n. 32205 del 11.10.2023) avrebbe dato per la prima volta conto della qualificazione del proprio interesse come volontà di *“verificare ... la corrispondenza fra l'offerta tecnica ed economica presentata dall'aggiudicataria [(...)] e i requisiti minimi fissati dal comune”*; l'amministrazione, dunque, avrebbe dovuto prendere in esame tale istanza e non limitarsi a rigettarla sulla base del rifiuto già espresso in data 22.09.2023 con la nota prot. n. 358075.

9. Con il secondo motivo parte appellante sostiene che la nota comunale prot. n. 300616 del 22.09.2023 non avrebbe avuto portata immediatamente lesiva o comunque avrebbe avuto una portata lesiva *“irrilevante”* (pag. 14 atto di appello), in quanto il comune, nel qualificare l'interesse espresso da (...) non avrebbe considerato la *“novità”* rappresentata nell'ultima istanza di accesso agli atti presentata dall'appellante (con riferimento alla volontà della stessa di controllo sull'operato della P.A) e si sarebbe limitato ad affermare che il fatto che l'istante avesse avuto rapporti pregressi con l'amministrazione non radicava l'interesse all'accesso.

10. Con la terza doglianza (...) afferma la sussistenza del proprio interesse all'accesso sulla base del fatto che *“Sussiste un interesse differenziato e specifico all'accesso agli atti, derivante dalla sussistenza, in ragione di un rapporto di concorrenza tra le aziende, di un interesse della ricorrente a verificare la corrispondenza tra l'offerta dell'aggiudicataria e i requisiti minimi richiesti dal comune, anche*

in relazione alla verifica della sussistenza di adeguate dotazioni strumentali in capo alla controinteressata che garantiscano sicurezza ed efficienza del servizio”.

11. I primi due motivi di appello possono essere esaminati congiuntamente ed in ordine logico, in quanto volti a criticare l'iter argomentativo seguito dal primo giudice, che ha ritenuto inammissibile il ricorso ex art. 116 c.p.a. in quanto l'ultima istanza di accesso, il cui diniego è stato oggetto di impugnativa, era reiterativa quanto meno della precedente richiesta di accesso, così come riqualificata in termini novativi con l'atto di diffida inviato a mezzo dei legali di (...).

11.1. Gli stessi, ove infondati, sono pertanto in grado di esimere il collegio dallo scrutinio del terzo motivo di appello, attinente all'interesse all'accesso della documentazione richiesta.

11.2. Il primo motivo è destituito di fondamento.

11.2.1. Ed invero nella gravata pronuncia il Tar ha correttamente affermato che la qualificazione giuridica della posizione soggettiva di (...) era già avvenuta ad opera del comune con la nota del 22.9.2023, la quale però non era stata impugnata dall'istante, con conseguente inammissibilità del ricorso di *prime cure*.

11.2.2. La posizione di (...) era stata infatti valutata come non legittimata all'accesso all'offerta in chiaro, né ai sensi della L. 241 del 1990, né ai sensi dell'art. 5, comma 5 e dell'art. 5 bis, comma 2 lett. c), del d.lgs. 33/2013 già con tale nota.

11.2.3. Né vi era alcun elemento di novità nella nuova (quarta) istanza di accesso, rispetto alla diffida già inviata dai legali, da valere come autonoma istanza (e come tale esitata dal comune con la nota del 22.09.2023), in cui si era già evidenziato come l'istanza dovesse essere considerata come accesso difensivo, ai sensi della l. 241/90, essendo (...) impresa concorrente e si era dedotto che doveva essere verificata la legittimità dell'offerta di Regola s.r.l. rispetto alle caratteristiche minime del servizio e alle condizioni economiche dell'affidamento.

Nel contenuto della quarta istanza non erano stati pertanto introdotti elementi di novità rispetto alla terza, tali da imporre al comune un nuovo esame della stessa, ragione per cui l'Ente rispondeva - correttamente - con la nota del 09.11.2023 - meramente confermativa ed oggetto di impugnativa *in prime cure* - di aver già evaso le istanze di (...).

Come correttamente evidenziato dal giudice di *prime cure* non si vede l'amministrazione avrebbe dovuto essere “*tenuta all'ennesimo riesame della domanda e la sua risposta, affidata alla nota del 9 novembre 2023, riveste carattere meramente confermativo, consistendo nel rilievo dell'assenza di elementi nuovi e nel consequenziale rinvio alle determinazioni già assunte (la giurisprudenza sulla non reinterabilità, in mancanza di elementi nuovi, delle istanze di accesso già respinte con provvedimenti non impugnati è granitica: per tutte, cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. III, 25 gennaio 2023, n. 884; id., sez. VII, 18 ottobre 2022)*”.

11.3. Parimenti infondato è il secondo motivo di appello, in quanto correttamente il Tar ha affermato che nella nota del 22.09.2023, inviata in risposta alla terza istanza dell'appellante del 18.09.2023, il comune di (...) esaminava la vicenda nuovamente e si pronunciava espressamente sull'assenza di un interesse differenziato in capo a (...), tale da autorizzare l'esercizio del diritto di accesso “pieno” ai sensi della legge 241/1990.

11.3.1. Infatti, dopo aver qualificato il diritto di accesso come civico generalizzato, l'Ente negava che l'aver avuto “*rapporti commerciali pregressi*”, determinasse di per sé solo, il sorgere di una situazione soggettiva legittimante l'accesso di cui alla legge 241 del 1990.

Per questo motivo, la nota del 22.09.2023 era indubbiamente novativa rispetto al precedente diniego e di portata immediatamente lesiva e (...) avrebbe dovuto impugnarla tempestivamente, laddove detto onere non è stato assolto.

L'Amministrazione, con la nota del 22.09.2023, ha infatti effettuato una nuova valutazione della vicenda alla luce della qualificazione datane dall'istante, concludendo di non riconoscere sussistente in capo a (...) una posizione differenziata legittimante l'accesso ai sensi della legge 241/1990. (...) avrebbe pertanto dovuto impugnare la nota del 22.09.2023, e non riproporre una quarta istanza in data 11.10.2023, senza aggiungere alcun elemento di novità rispetto alla precedente, tanto che il comune, con la nota gravata, da intendersi meramente confermativa, si è limitato, del tutto legittimamente, a rinviare al precedente diniego.

12. L'infondatezza dei primi due motivi di appello è in grado *ex se* di determinare il rigetto dell'appello, non essendo le censure formulate idonee a superare la statuizione di inammissibilità di cui al ricorso di *prime cure*.

13. Peraltro, solo per esigenze di completezza, si evidenzia che anche il terzo motivo di appello, con cui (...) ha avverso nel merito il diniego, è infondato, posto che nell'ipotesi di specie non ricorreva l'interesse qualificato all'esibizione dei dati dell'offerta, oscurati in quanto riferiti a segreti tecnici e commerciali, in chiaro, non ricorrendo, come correttamente ritenuto dal comune, i presupposti per l'accesso difensivo ex art. 53 d.l.gs. n. 50 del 2016, cui deve essere riferito il diritto di accesso difensivo in materia di contratti pubblici, costituente declinazione del più generale accesso difensivo di cui alla l. 241 del 1990.

13.1. Ed invero venendo in rilievo un affidamento diretto avvenuto a seguito di mera richiesta di preventivi, non inviata a (...), la stessa in quanto non concorrente, non venendo in rilievo una procedura di gara, alcun interesse qualificato e differenziato poteva avere alla conoscenza dell'offerta tecnica della controinteressata in forma non oscurata.

Secondo quanto già ritenuto da questa sezione (Consiglio di Stato, V sezione, del 02 maggio 2024 n. 3979 :“(…) *“un'eventuale ostensione al non concorrente delle informazioni comunicate dai partecipanti all'Amministrazione è idonea a incrinare la fiducia riposta dal concorrente nell'Amministrazione, in quanto esorbita dal rischio assunto da quest'ultimo quando ha reso partecipe la stazione appaltante dei dati afferenti alla propria attività, cioè quello che le informazioni imprenditoriali possano essere comunicate agli altri candidati, esposti al medesimo rischio”*”.

Queste conclusioni possono essere estese alla fattispecie di cui è causa, in considerazione del rilievo che rispetto ad un affidamento diretto non sono ravvisabili concorrenti in senso proprio e gli eventuali competitori nel mercato di riferimento possono contestare la decisione dell'amministrazione di addivenire all'affidamento diretto, ma non gli esiti della procedura informale cui non hanno preso parte, destinata ad individuare l'affidatario e pertanto l'offerta da esso presentata.

13.2. Dette conclusioni sono tanto più valide avendo riguardo, ai fini di mero ausilio in via interpretativa, alla nuova disciplina in materia di accesso agli atti di gara, quale declinata nel d.lgs. n. 36 del 2023, da cui si evince come l'ostensione delle offerte in forma integrale possa essere riferibile solo ai concorrenti e sia in particolare garantita in riferimento ai primi cinque graduati.

13.3. Ed invero in base all'assetto voluto dal codice dei contratti vigente, dovrebbe escludersi la necessità di una richiesta di accesso agli atti della procedura di gara, essendo

automaticamente riconosciuto, ai sensi dell'art. 36, a chi partecipa alla gara e non ne è "definitivamente" escluso, di accedere in via diretta, non solo a "documenti" (offerta dell'aggiudicatario, verbali di gara e atti), ma anche "ai dati e alle informazioni" inseriti nella piattaforma, ex art. 25, e ciò a partire dal momento della comunicazione digitale dell'aggiudicazione.

Agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria, viene riconosciuto inoltre, dal secondo comma dell'articolo 36, un diritto di accesso ancor più "ampio" perché ad essi sono resi "reciprocamente disponibili", attraverso la stessa piattaforma, non solo gli "atti" di cui al primo comma, ma anche le offerte dagli stessi presentate (in particolare, quelle del secondo, terzo, quarto e quinto, la prima essendo conoscibile da tutti).

13.4. All'art. 36, al terzo comma (da leggersi unitamente al terzo comma dell'art. 90), si prevede che nella comunicazione dell'aggiudicazione di cui all'art. 90, la stazione appaltante o l'ente concedente dà anche atto delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di "parti" delle offerte, in ragione della sussistenza di segreti tecnici o commerciali.

13.5. Pertanto una volta intervenuta l'aggiudicazione e, ai sensi dell'art. 90, la comunicazione digitale della stessa:

- tutti i partecipanti non esclusi in modo definitivo dalla gara possono accedere, "direttamente, mediante piattaforma", a tutto ciò (offerta dell'aggiudicatario, verbali, atti, dati e informazioni, ad eccezione delle offerte dei quattro operatori successivi al primo in graduatoria) che ha rappresentato un passaggio della procedura, a fondamento e presupposto dell'aggiudicazione;
- 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", da parte della p.a.;
- l'eventuale oscuramento deve essere conseguenza di una specifica richiesta dell'operatore offerente, corredata da una dichiarazione "motivata e comprovata" in ordine alla sussistenza di segreti tecnici e commerciali; in secondo luogo, sia che tale richiesta sia stata accolta, sia che sia stata respinta, la stazione appaltante nella comunicazione dell'aggiudicazione deve puntualmente dar conto della propria decisione e della motivazione sottesa. (T.a.r. per la Toscana, sez. IV, n. 1035 del 2024).

13.5.1. A tale particolare disciplina sostanziale del diritto di accesso, si accompagna, nel nuovo codice dei contratti pubblici, una separata disciplina processuale quanto all'impugnativa degli atti dell'amministrazione che comportano l'ostensione delle offerte dei concorrenti in forma parzialmente oscurata.

Infatti il ricorso contro le decisioni sull'accesso riferite al disposto parziale oscuramento dell'offerta, alla luce della dichiarazione dell'operatore economico, deve essere notificato e depositato entro dieci giorni dalla comunicazione digitale dell'aggiudicazione: trattasi di un nuovo rito speciale, in materia di accesso per i contratti pubblici, contemplato nell'art. 36 del d.lgs. n. 36 del 2023 e caratterizzato dall'estrema celerità rispetto al modello processuale di cui all'art. 116 del c.p.a. (T.a.r. per la Lombardia, sez. II, n. 2584 del 2024).

14. Peraltro, ferma restando l'assorbente del rilievo di inammissibilità del ricorso di *prime cure*, per i motivi già correttamente evidenziati dal primo giudice, per esigenze di completezza va evidenziato come ricorressero anche gli ulteriori motivi di inammissibilità

del ricorso di *prime cure*, riproposti dall'appellata controinteressata con la memoria di costituzione ex art. 101 comma 2 c.p.a. e in ogni caso valutabili anche d'ufficio dal giudice, non venendo in rilievo un'eccezione in senso proprio e ben potendo il giudice di appello scrutinare d'ufficio l'ammissibilità del ricorso di *prime cure* (*ex multis* Cons. Stato, sez. III, 30 gennaio 2012, n. 445, secondo cui nel giudizio amministrativo l'eventuale inammissibilità del ricorso di primo grado per carenza di interesse può formare oggetto di motivo d'appello - o comunque essere sollevata in grado d'appello anche con semplice memoria, sempre che il giudice di primo grado non si sia espressamente pronunciato sul punto di diritto e sullo stesso non si sia pertanto formato il giudicato - anche qualora la relativa eccezione non sia stata sollevata in primo grado, trattandosi di questione rilevabile anche d'ufficio dal giudice in quanto attinente alla sussistenza di una condizione dell'azione).

14.1. Ed invero al fine di esercitare, in un procedimento di gara per l'affidamento di contratti pubblici, il diritto di accesso riguardo ad informazioni contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali, è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità (da intendersi in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio; in altra concorrente prospettiva può dirsi che l'accesso difensivo presupponga la stretta indispensabilità della documentazione richiesta al fine di curare o difendere i propri interessi giuridici, atteso che nel quadro del bilanciamento tra il diritto alla tutela dei segreti industriali ed il diritto all'esercizio del c.d. accesso difensivo risulta necessario l'accertamento dell'eventuale nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate, con la conseguenza che l'onere della prova e ancora prima dell'allegazione del suddetto nesso di strumentalità incombe, secondo il consueto criterio di riparto dell'onere della prova, su chi agisce; in definitiva il criterio normativo del bilanciamento dei contrapposti interessi, di cui all'art. 53, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016, richiede, da parte dell'istante, la prova dell'indispensabilità dei documenti ai quali è chiesto l'accesso, affinché possa difendersi in un determinato giudizio; il che equivale ad affermare che l'interesse difensivo all'accesso agli atti di gara va verificato in concreto (Consiglio di Stato, sez. V, 14 marzo 2023, n. 2671; Consiglio di Stato, sez. V, 20 gennaio 2022, n. 369).

Per contro vi è da evidenziare che alcun nesso di strumentalità è stato mai allegato ad opera della società appellante tra la documentazione richiesta e le esigenze di difesa in giudizio, né nelle prime tre istanze di accesso, né nella quarta, esitata con la nota oggetto di impugnativa *in prime cure*, in cui si è fatto riferimento alla mera necessità di verifica della conformità dell'offerta ai requisiti tecnici minimi, senza alcun riferimento alla necessità di difesa in giudizio; ciò a prescindere dal rilievo che (...) non ha proposto alcuna tempestiva impugnazione avverso la decisione del Comune di addivenire all'affidamento diretto per il servizio di cui è causa, anziché bandire una procedura di gara alla quale avrebbe dovuto essere invitata.

15. In considerazione di tali plurimi rilievi l'appello va respinto.

16. Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte appellante alla refusione delle spese di lite in favore del comune di (...) e di (...), liquidate in euro 3.000,00 (tremila/00) per ciascuna parte, oltre oneri accessori, come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Diana Caminiti

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO