



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA NON DEFINITIVA

sul ricorso numero di registro generale 610 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati P. A. e A. L., con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato (...);

contro

(...), rappresentata e difesa dall'avvocato R. T., 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. S. D., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

(...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati E. P., S. M. e S. S., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione cautelare,

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della Determina del Dirigente dell'Area Dipartimentale Acquisti e Logistica della (...) del 29/11/2024, comunicata alla ricorrente in data 02/12/2024, avente ad oggetto: "procedura aperta per fornitura in service, tramite accordi quadro, di ossigenoterapia e ventiloterapia per le necessità degli enti del SSR della Regione Marche – gara n. 9506155 – aggiudicazione", con la quale veniva disposta l'aggiudicazione del Lotto 7 (CIG: (...)) del servizio in favore degli operatori economici (...);

- dell'art. 5.1 del disciplinare di gara (*in parte qua*);

- di tutti gli atti presupposti, della determina n. 239/(...) del 09/04/2024, dei verbali di gara inerenti alla valutazione del merito tecnico e del dato economico delle offerte presentate;

- di tutti gli atti del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta;

- di qualsivoglia ulteriore provvedimento antecedente e/o successivo, anche non conosciuto;

nonché per la declaratoria

della inefficacia del contratto inerente al Lotto 7 della suddetta gara, eventualmente *medio tempore* sottoscritto;

e per la condanna

dell'Amministrazione al risarcimento del danno in via principale in forma specifica, nonché, in subordine, per equivalente nella misura che ci si riserva di quantificare in corso di causa;

nonché per l'accesso agli atti di gara

e segnatamente a tutta la documentazione prodotta in gara dagli operatori economici (...) e (...) (documentazione amministrativa, offerta tecnica ed offerta economica, con i relativi allegati, giustificazioni, etc.), oltre atti e verbali, con condanna dell'Amministrazione all'ostensione dei documenti richiesti;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da (...) il 16 gennaio 2025:

per l'annullamento

- del Bando di gara, del Disciplinare, del Capitolato e di tutta la documentazione di gara relativa al lotto 7, compresi i chiarimenti, relativi alla procedura aperta svolta dalla (...) avente ad oggetto la “fornitura in service, tramite accordi quadro, di ossigenoterapia e ventiloterapia per le necessità degli enti del SSR della Regione Marche – gara n. 9506155”;
 - di tutti i verbali e degli atti presupposti e conseguenti, e di qualsivoglia ulteriore provvedimento antecedente e/o successivo, anche non conosciuto;
- nonché degli atti già impugnati con il ricorso principale;
per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da (...) il 4 marzo 2025:
per l'annullamento
- degli atti già impugnati con il ricorso introduttivo, nonché degli atti già impugnati con il primo ricorso per motivi aggiunti;
 - di tutti i verbali e degli atti presupposti e conseguenti, e di qualsivoglia ulteriore provvedimento antecedente e/o successivo, anche non conosciuto;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

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

Vista l'istanza ex art. 116, c.p.a. presentata contestualmente al ricorso;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 marzo 2025 la dott.ssa Simona De Mattia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto l'art. 36, comma 2, c.p.a.;

Considerato che:

- all'esito dell'udienza camerale del 20 marzo 2025 è stata discussa ed introitata per la decisione la domanda ex art. 116 c.p.a. proposta in uno al ricorso introduttivo e che la presente pronuncia avrà ad oggetto solamente quest'ultima;

Rilevato che:

- la società (...) in qualità di partecipante alla gara in questione per i lotti nn. 2, 6, 7, 8, 9 e 10, presentava, nelle date del 4 e 16 dicembre 2024, istanze di accesso agli atti per l'ostensione di tutta la documentazione amministrativa, tecnica ed economica riguardante gli operatori economici utilmente inseriti in graduatoria per i lotti dal n. 6 al n. 10, nonché per l'ostensione di tutta la documentazione riguardante la partecipante (...) con riferimento al lotto n. 2;
- in data 23 dicembre 2024, l'Amministrazione metteva a disposizione la documentazione richiesta, che tuttavia, a dire dell'istante, si rivelava incompleta;
- con la presente istanza ex art. 116 c.p.a., quindi, la ricorrente (...) ha agito per l'annullamento del diniego implicito di accesso opposto dall'Amministrazione rispetto ai documenti non ostesi e per la condanna della stessa alla loro esibizione; in particolare, assume che non sarebbero stati rilasciati: il verbale del 3 aprile 2024, la documentazione amministrativa delle prime classificate e le dichiarazioni rese, le offerte economiche, con particolare riferimento alla parte in cui vengono esposti i costi del lavoro, gli atti del giudizio di anomalia, le giustificazioni della prima classificata (...) e le offerte tecniche;
- (...), nel costituirsi in giudizio anche sulla domanda ex art. 116 c.p.a., dopo aver sostenuto l'applicabilità, alla procedura, delle disposizioni di cui al d.lgs. n. 50/2016 *ratione temporis*, ha eccepito l'infondatezza dell'istanza per essere la richiesta di accesso già stata evasa dalla stazione appaltante: per quanto riguarda i verbali della Commissione Giudicatrice, essi sarebbero stati allegati al provvedimento di aggiudicazione, oltre che liberamente accessibili, perché pubblicati sul Profilo del Committente e sull'Albo Pretorio informatico (...), mentre, per quanto attiene alla documentazione amministrativa presentata dagli offerenti, essa normalmente non è fatta oggetto di pubblicazione perché potrebbe contenere informazioni riservate;
- successivamente, con i motivi aggiunti depositata in data 16 gennaio 2025, anche alla luce della documentazione versata in atti da (...), la ricorrente ha precisato che la documentazione mancante a seguito dell'ostensione del 23 dicembre 2024 riguarderebbe le giustificazioni sull'anomalia dell'offerta della prima classificata Althea e le offerte tecniche delle concorrenti, esibite in larga parte oscurate; ai

motivi aggiunti la ricorrente ha allegato, tra gli altri documenti, il sollecito sull'istanza di accesso datato 15 gennaio 2025, con cui ha chiesto “*l’ostensione delle Demo, complete di audio e video, prodotte in gara (Lotti da 6 a 10) dal (...), nonché di tutta la documentazione prodotta da (...) per il Lotto 2*” (documento n. 24);

- (...), in uno alla memoria depositata in data 21 gennaio 2025, ha depositato in giudizio ulteriori documenti, tra cui le giustificazioni relative all'anomalia dell'offerta di (...), ritenendo che l'interesse all'accesso sia stato soddisfatto; per quanto attiene alla richiesta di ostensione dei progetti privi degli oscuramenti, eccepisce la contraddittorietà nella posizione della ricorrente (...), la quale si è opposta essa stessa all'ostensione integrale alle altre concorrenti della propria offerta tecnica per proteggere il proprio know-how aziendale, e rileva come la stazione appaltante abbia agito correttamente garantendo, a fronte dell'opposizione di tutti i concorrenti rispetto alle proprie offerte tecniche, un equo temperamento tra riservatezza e diritto di difesa ed evitando disparità di trattamento nell'applicazione delle regole sulla riservatezza;

- si sono costituite in giudizio, per resistere, anche le controinteressate (...) e (...). Quest'ultima, in particolare, ha preliminarmente eccepito l'irricevibilità per tardività della domanda ex art. 116 c.p.a., atteso che, stante l'asserita applicabilità, alla procedura, della disciplina di cui al d.lgs. n. 36/2023, in base all'art. 36 l'impugnazione del diniego anche implicito avrebbe dovuto avvenire nel termine di dieci giorni. L'istanza di accesso sarebbe peraltro inammissibile per violazione del principio dell'agire “*contra factum proprium*”, avendo anche (...) presentato identica istanza di segretezza dell'offerta tecnica ed avendo l'Amministrazione agito in maniera uniforme rispetto a tutte le concorrenti. Analoghe deduzioni ed eccezioni sono state mosse da (...);

- all'udienza camerale del 20 marzo 2025, la difesa di parte ricorrente ha chiesto un rinvio della decisione sull'istanza cautelare di cui al ricorso introduttivo all'esito della definizione della domanda di accesso. Dopo la discussione orale, quindi, la causa è stata trattenuta in decisione ai soli fini della deliberazione sull'istanza di accesso, con riserva di rinviare ad altra camera di consiglio la decisione sull'istanza cautelare; Ritenuto che si possa prescindere dallo scrutinio delle eccezioni di irricevibilità e di inammissibilità sollevate dalle parti resistenti per quanto di seguito si va ad esporre;

Ritenuto, infatti, che la domanda ex art. 116 c.p.a. contenuta in ricorso sia divenuta in parte improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, come si evince chiaramente sia dalla ricostruzione in fatto che precede, sia dalla documentazione versata agli atti del giudizio, che, almeno parzialmente, soddisfa l'interesse azionato dalla ricorrente. D'altronde, che l'interesse all'accesso residui solo rispetto alle offerte tecniche integrali e non oscurate delle controinteressate si ricava dalle stesse precisazioni di (...) contenute negli scritti difensivi e, in particolare, nell'ultima memoria depositata in data 25 febbraio 2025; Ritenuto che, per la restante parte (ossia in relazione alla richiesta di accedere alle anzidette offerte tecniche), l'istanza ex art. 116 c.p.a. sia infondata e da respingere, alla luce delle seguenti considerazioni:

- innanzitutto va evidenziata la correttezza del comportamento della stazione appaltante che, a fronte di analoghe richieste di segretezza dell'offerta tecnica da parte delle concorrenti (...) (cfr. documenti n. 34, 35 e 36 depositati da AST in data 21 gennaio 2025), ha agito nei confronti di tutte in maniera uniforme, escludendo dall'accesso le parti dell'offerta per le quali si opponeva l'esistenza di segreti tecnici e/o commerciali, in tal modo garantendo un equo temperamento tra riservatezza e diritto di difesa ed evitando disparità di trattamento nell'applicazione delle regole sulla riservatezza;

- in secondo luogo, non può non evidenziarsi che il comportamento della ricorrente (...) è connotato da contraddittorietà, dal momento che essa da un lato rivendica l'oscuramento delle parti della propria documentazione a tutela del proprio know-how aziendale rispetto alle altrui richieste di accesso, dall'altro lato contesta, in questa sede, analoghi oscuramenti delle offerte degli altri pretendendone la visione integrale. Tale *modus operandi* concretizza un abuso del diritto e del processo - secondo i principi elaborati in materia dalla giurisprudenza - atteso che (...) formula le proprie doglianze ponendosi in contraddizione con precedenti suoi comportamenti e contestando scelte amministrative che essa stessa aveva avvalorato a tutela dei propri interessi. La giurisprudenza da tempo riconosce la vigenza, nel sistema giuridico, di un principio generale di divieto di abuso del diritto, inteso come categoria diffusa nella quale rientra ogni ipotesi in cui un diritto cessa di ricevere tutela, poiché esercitato al di fuori dei limiti stabiliti dalla legge. Il dovere di buona fede e correttezza, di cui agli artt. 1175, 1337, 1366 e 1375 del c.c., alla luce del parametro di solidarietà, sancito dall'art. 2 della Costituzione, si pone non più solo come criterio per

valutare la condotta delle parti nell'ambito dei rapporti obbligatori, ma anche come canone per individuare un limite alle richieste e ai poteri dei titolari di diritti, anche sul piano della loro tutela processuale. Espressione dell'abusivo esercizio di un potere, anche processuale, quale è quello di dedurre motivi di gravame ovvero di formulare deduzioni ed eccezioni, è proprio la sua contraddittorietà con precedenti comportamenti tenuti dal medesimo soggetto, in violazione del divieto generale di venire *contra factum proprium* (cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. III, 24 dicembre 2024, n. 10362; sez. V, 3 maggio 2021, n. 3458 e 11 gennaio 2021, n. 330; sez. II, 2 dicembre 2020, n. 7628, T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 5 maggio 2021, n. 2992; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 8 gennaio 2021, n. 257);

- ad ogni modo, pur prescindendo dalle considerazioni che precedono, va detto che, con riferimento all'accesso difensivo di cui all'art. 24, comma 7, della legge n. 241 del 1990, la giurisprudenza amministrativa e, in particolare, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenze 25 settembre 2020, n. 19, n. 20 e n. 21; sentenza 18 marzo 2021, n. 4), ha precisato che esso è consentito qualora il richiedente dimostri la necessità o stretta indispensabilità della conoscenza del documento per la tutela di una situazione giuridica finale, con la conseguenza che l'ostensione del documento dovrà passare attraverso un rigoroso e motivato vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e detta situazione finale che l'istante intende curare o tutelare. L'onere della prova di tale nesso di strumentalità grava sul richiedente l'accesso (Consiglio di Stato, sez. V, 18 settembre 2023, n. 8382);

- con specifico riferimento alla disciplina del diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, sia il combinato disposto tra il comma 5, lettera a), e il comma 6, dell'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016, sia l'art. 35, comma 4, lettera a), del d.lgs. n. 36/2023, prevedono un bilanciamento tra le esigenze legate alla riservatezza e le esigenze di difesa del richiedente, tenendo presente che, secondo l'indirizzo ermeneutico di maggior rigore sopra richiamato, queste ultime non prevalgono sempre e comunque su qualunque altro interesse, specie se contrapposto, invocato da chi, al contrario, deduce che, consentendosi l'accesso, si permetterebbe il disvelamento di dati tecnici contenuti nella documentazione richiesta che rappresentano *know how* dell'impresa controinteressata (Consiglio di Stato, sez. V, 18 settembre 2023, n. 8382);

- applicando le anzidette coordinate ermeneutiche al caso in esame, si osserva che, a fronte delle motivate giustificazioni a supporto della richiesta di oscuramento presentata da tutte le concorrenti e in mancanza della dimostrazione circa l'indispensabilità della documentazione nei termini innanzi chiariti (ovvero provando che, in assenza di quelle informazioni, non sarebbe stato possibile tutelare adeguatamente i propri interessi) - dal momento che le prospettazioni mosse per sostenere il diritto all'accesso anche a tali informazioni appaiono alquanto generiche -, la stazione appaltante bene ha fatto, in una logica di bilanciamento tra contrapposte esigenze, a limitare l'accesso alle sole parti delle offerte rispetto alle quali non era stata palesata un'esigenza di segretezza e a tenere, si ribadisce, un comportamento uniforme nei confronti di tutte le concorrenti;

Ritenuto, in conclusione, che l'istanza di accesso per cui è causa, fatto salvo per la documentazione già ostesa e resa disponibile dalla stazione appaltante rispetto alla quale non vi è più interesse, va respinta *in parte qua*;

Ritenuto che la pronuncia sulle spese di questa fase processuale vada rinviata alla sentenza definitiva;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Seconda), non definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse e in parte respinge, nei sensi precisati in motivazione, la domanda ex art. 116 c.p.a. contenuta in ricorso.

Fissa, per la trattazione della domanda cautelare, la camera di consiglio del 29 maggio 2025.

Spese al definitivo.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 20 marzo 2025 con l'intervento dei magistrati:

Renata Emma Ianigro, Presidente

Giovanni Ruii, Consigliere

Simona De Mattia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Simona De Mattia

IL PRESIDENTE
Renata Emma Ianigro

IL SEGRETARIO