

Publicato il 02/12/2024

N. 21628/2024 REG.PROV.COLL.  
N. 11343/2024 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 Seconda Ter)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 11343 del 2024, proposto da  
Ic Servizi Consorzio Stabile A R.L., in persona del legale rappresentante pro  
tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Gabriele Tricamo, Marco  
Orlando, Antonietta Favale, Matteo Valente, con domicilio digitale come da  
PEC da Registri di Giustizia, come da procura in atti;

*contro*

Atac Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e  
difeso dagli avvocati Francesca Cangiano, Carla Fina, con domicilio digitale  
come da PEC da Registri di Giustizia, come da procura in atti;

*nei confronti*

Copernico Società Consortile per Azioni, in persona del legale rappresentante  
pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Marco Giustiniani,  
Antonello Frasca, Alessandro Paccione, con domicilio eletto presso lo studio  
Marco Giustiniani (Pavia E Ansaldo) in Roma, via Bocca di Leone n. 78,  
come da procura in atti;

Consorzio Integra Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante

pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni 26/B, come da procura in atti;

*per l'annullamento*

per l'ostensione

- dei documenti delle imprese controinteressate non consegnati alla ricorrente e richiesti dalla stessa con istanza di accesso agli atti del 17.10.2023 (mai riscontrata);

e, ove occorrer posta, per l'annullamento

- dell'eventuale provvedimento implicito di diniego dell'ostensione dei suddetti documenti che l'Amministrazione dovesse aver adottato;

- di ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso ai precedenti ancorché non cognito,

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Copernico Società Consortile per Azioni e di Consorzio Integra Società Cooperativa e di Atac Spa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 novembre 2024 il consigliere Achille Sinatra e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – Con ricorso notificato il 25 ottobre 2024 depositato il successivo 4 novembre, IC Consorzio Stabile, che si è classificato al terzo posto nella “*procedura per l'affidamento del Servizio di pulizia a ridotto impatto ambientale di sedi, aree pertinenziali, stazioni metro-ferroviarie e parcheggi, magazzini, uffici, bagni, spogliatoi, mensa, materiale rotabile (veicoli ferroviari), pozzi di ventilazione, sottostazioni elettriche, deposito-officina della Metropolitana Linea C di ATAC S.p.A., il controllo e la sostituzione delle lampade situate presso le stazioni metro ferroviarie e l'attività di assistenza e rimozione graffiti*”, ha chiesto che questo Tribunale voglia ordinare ad

ATAC s.p.a. di fornirgli l'accesso alle offerte tecniche e alle giustificazioni rese subprocedimento di verifica di congruità dell'aggiudicatario Consorzio Copernico e dell'impresa seconda graduata Consorzio Integra.

2. – L'odierno ricorrente espone che l'aggiudicazione definitiva è stata disposta il 20 settembre 2024, e che il 25 settembre 2024 sono state effettuate le pubblicazioni relative alle prime cinque offerte in graduatoria, ai sensi dell'art. 36 d.lgs. n. 36\2023; tali pubblicazioni, erano prive, però, dei tre documenti sopra indicati; il Consorzio ha allora avanzato istanza d'accesso in data 17 ottobre 2024, rimasta inevasa da ATAC.

3. – Con due motivi il ricorrente denuncia quindi *“Violazione e falsa applicazione degli artt. 35 e 36 D.lgs. n. 36/2023 e degli artt. 22 e 24, comma 7, L. n. 241/1990, nonché degli artt. 5 e ss. del d.lgs. n. 33/2013. Violazione e falsa applicazione dei principi di risultato, buon andamento, correttezza e trasparenza dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per travisamento dei fatti e difetto di motivazione”* e *“Violazione e falsa applicazione degli artt. 35 e 36 del D.lgs. n. 36/2023 e degli artt. 22 e 24, comma 7, L. n. 241/1990”*, lamentando, in sintesi, la violazione, da parte di ATAC, dell'obbligo di pubblicazione di cui all'art. 36 del nuovo Codice dei contratti pubblici, con specifico riferimento ai tre documenti di gara indicati in precedenza, necessari al Consorzio per impugnare gli esiti della gara in relazione alla posizione dei concorrenti primo e secondo graduato.

4. – Si sono costituite ATAC s.p.a. e i controinteressati Consorzi Integra e Copernico, che, con le rispettive memorie, hanno eccepito la tardività del ricorso, la sua inammissibilità per essere ATAC ancora nei termini per evadere l'istanza di accesso del 17 ottobre 2024, oltre che per difetto di interesse in ragione della posizione in graduatoria della ricorrente, nonché la sua infondatezza.

5. – Il ricorso è passato in decisione alla camera di consiglio del 19 novembre 2024.

6. – Il ricorso è fondato, e va accolto.

7. – Non può innanzitutto essere accolta l'eccezione di tardività sollevata dalle resistenti.

Come noto, con disposizione di carattere generale, l'art. 36 del d.lgs. n. 36\2023, ai commi 1 e 2, prevede che *“1. L'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario, i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione sono resi disponibili, attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale di cui all'articolo 25 utilizzata dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, a tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 90.*

*2. Agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria sono resi reciprocamente disponibili, attraverso la stessa piattaforma, gli atti di cui al comma 1, nonché le offerte dagli stessi presentate.”*

Al comma 3, invece, l'art. 36 del nuovo Codice dei contratti pubblici dispone che *“Nella comunicazione dell'aggiudicazione di cui al comma 1, la stazione appaltante o l'ente concedente dà 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'articolo 35, comma 4, lettera a).”*

Si tratta, come noto, del caso in cui i partecipanti, controinteressati all'istanza di accesso, si siano opposti alla ostensione di documenti che ricomprendano informazioni che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali delle proprie aziende.

Sotto il profilo del rito, il successivo comma 4 impone che *“Le decisioni di cui al comma 3 sono impugnabili ai sensi dell'articolo 116 del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato I al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 , con ricorso notificato e depositato entro dieci giorni dalla comunicazione digitale della aggiudicazione. Le parti intimare possono costituirsi entro dieci giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notifica del ricorso.”*

La domanda dell'odierna ricorrente, tuttavia, non deriva dall'opposizione all'ostensione da parte dei controinteressati ai sensi del comma 3 dell'art. 36 citato, bensì dalla –dedotta– mancata osservanza, da parte di ATAC,

dell'obbligo di pubblicazione di cui al comma 1 dell'art. 36, in relazione ai seguenti atti: offerta tecnica dell'aggiudicataria, offerta tecnica del RTI collocatosi al secondo posto in graduatoria, giustificazioni prodotte dall'aggiudicataria nel subprocedimento di verifica di congruità.

Di tali atti, come confermato dalla documentazione prodotta nel presente giudizio, non risulta pubblicazione alcuna: di guisa che la fattispecie in esame si presenta obiettivamente diversa da quella tipizzata nel comma 3 dell'art. 36.

Ne segue che, essendo quest'ultima sola l'oggetto del rito accelerato previsto dal successivo comma 4, nel caso in esame deve essere applicato l'ordinario rito dell'accesso previsto dall'art. 116 c.p.a., con i relativi termini di proposizione del ricorso di cui al primo comma della norma in questione, pari a trenta giorni dalla determinazione o dal silenzio in materia.

Nel presente giudizio il ricorso è stato notificato il 25 ottobre 2024, ossia il trentesimo giorno successivo alla data (25 settembre 2024) in cui la stazione appaltante ha pubblicato la documentazione di gara inerente le prime cinque graduate, eccetto che gli atti di cui la ricorrente chiede l'accesso.

Il ricorso, pertanto, è tempestivo.

8. – Va parimenti disattesa l'eccezione di inammissibilità per essere intervenuta la proposizione del ricorso in pendenza del termine per concedere l'accesso documentale a seguito dell'istanza presentata dal Consorzio il 17 ottobre 2024.

Come si è detto, la nuova disciplina dell'accesso in materia di appalti pubblici, quale sopra ricordata, prevede un duplice obbligo di ostensione in capo alla stazione appaltante, sia mediante pubblicazione sulla piattaforma digitale di cui all'art. 25 del d.lgs. n. 36\2023, che mediante diretta comunicazione della documentazione di gara dei primi cinque graduati a ciascuno di costoro.

Rispetto all'ottemperanza a tali obblighi da parte della stazione appaltante l'istanza di accesso risulta oramai del tutto irrilevante, in quanto non contemplata quale condizione di adempimento dell'obbligo di trasparenza previsto dalle norme citate.

Ne segue la sua completa irrilevanza anche in relazione alla decorrenza del termine di proposizione del ricorso di cui all'art. 116 c.p.a. in cui si lamenti la violazione dei detti obblighi.

9. – Quanto poi al profilo della legittimazione e dell'interesse all'accesso, è del tutto evidente che la posizione di terzo in graduatoria conseguita da Consorzio costituisce posizione legittimante l'istanza di accesso di tipo “difensivo” ad atti (l'offerta tecnica dell'aggiudicatario, l'offerta tecnica del RTI giunto secondo in graduatoria, le giustificazioni prodotte dall'aggiudicatario nel subprocedimento di verifica di congruità) che riguardano i due concorrenti che precedono il ricorrente, la cui posizione deve necessariamente essere “attaccata” in sede giurisdizionale dall'odierno ricorrente affinché quest'ultimo possa (in caso di esito positivo dell'impugnazione) sperare di risultare aggiudicatario della gara.

10. – Nel merito il ricorso è fondato.

Come si è detto, l'art. 36 del nuovo Codice dei contratti pubblici prevede che (contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 90) l'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario, i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione sono resi disponibili, attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale, a tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi.

Come già rilevato in giurisprudenza (TAR Toscana n. 1035\2024) “... *la stessa necessità di una richiesta di accesso non dovrebbe trovare luogo in base all'assetto voluto dal Codice dei contratti vigente, essendo automaticamente riconosciuto 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 articolo 25 del Codice, e ciò a partire dal momento della comunicazione digitale dell'aggiudicazione. Peraltro, agli operatori economici collocati nei primi cinque posti in graduatoria, viene riconosciuto, dal comma 2 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 comma 1, ma anche le offerte*

*dagli stessi presentate (in particolare, quelle del secondo, terzo, quarto e quinto, la prima essendo conoscibile da tutti).”*

In altri termini, non è dato alla stazione appaltante di omettere l'esibizione degli atti in questione (compresi quelli oggetto della richiesta del Consorzio); bensì, ove essa ritenga (su motivata e comprovata dichiarazione degli offerenti, da valutarsi ai sensi del Codice della proprietà intellettuale) che parte di tali atti contengano segreti tecnici o commerciali, deve limitarsi ad oscurarli parzialmente.

Ne segue l'accoglimento dei due motivi, congiuntamente esaminati per comodità espositiva, con la conseguente condanna di ATAC a consentire l'accesso agli atti su menzionati entro giorni quindici dalla comunicazione o notificazione della presente sentenza.

11. – Le spese, per la novità delle questioni trattate, possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Ter), accoglie il ricorso in epigrafe nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Donatella Scala, Presidente

Roberta Cicchese, Consigliere

Achille Sinatra, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Achille Sinatra**

**IL PRESIDENTE**  
**Donatella Scala**

## IL SEGRETARIO