

Pubblicato il 26/07/2024

N. 00544/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00568/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 568 del 2024, proposto da

Saba Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, in relazione alla procedura CIG A042248314, rappresentato e difeso dagli avvocati Pietro Cavasola, Marco Iannacci e Matteo Pulcini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Ventimiglia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Simone Massacano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Centrale Unica di Committenza dei Comuni di Ventimiglia e Camporosso, non costituita in giudizio;

nei confronti

Rag. Luigi e Gerolamo Colombo di Rag. Luigi Colombo e C. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Alessandro Gigli e Franco Gaetano Scoca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento, sospensione d'efficacia:

- della Determina di aggiudicazione n. 404 del 22 maggio 2024 avente ad oggetto "Procedura di gara negoziata per l'affidamento in concessione del servizio di gestione dei parcheggi pubblici del Comune di Ventimiglia, ai sensi dell'art.187 del d.lgs. n.36/2023 - cig: a042248314. determina di affidamento con urgenza delle prestazioni oggetto del contratto ai sensi dell'art.50, comma 6, del d.lgs. 36/2023".

- del verbale del 21 maggio 2024 avente ad oggetto "Procedura di gara negoziata per l'affidamento in concessione del servizio di gestione dei parcheggi pubblici del Comune di Ventimiglia, ai sensi dell'art.187

del d.lgs. n.36/2023 - cig: a042248314. verbale di verifica delle giustificazioni dell'offerta anormalmente bassa ex art. 110 del d.lgs 31 marzo 2023 n. 36".

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente, anche allo stato non cognito dalla ricorrente SABA ITALIA S.p.A., ivi compresi i verbali di gara e tutti gli atti della procedura;

- dell'eventuale contratto *medio tempore* stipulato;

nonché per l'aggiudicazione della procedura di gara alla ricorrente previa declaratoria, ai sensi degli articoli 121 e 122 C.P.A. di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato con la controinteressata e con espressa richiesta di subentro della ricorrente SABA ITALIA S.p.a nel contratto di appalto eventualmente *medio tempore* stipulato con la controinteressata ovvero in subordine per l'accertamento e la declaratoria di illegittimità dei provvedimenti impugnati;

ed inoltre per la condanna della Stazione Appaltante al risarcimento per equivalente del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa ed alla conseguente mancata aggiudicazione della gara in favore della ricorrente SABA ITALIA S.p.a,

nonché per l'annullamento del silenzio-rigetto formatosi sull'istanza di accesso agli atti ai sensi degli artt. 22 e ss. L. n. 241/1990 e dell'art. 36 del D.Lgs. n. 36/2023 presentata dalla ricorrente in data 24 maggio 2024 e rimasta, al momento della presentazione del presente ricorso, solo parzialmente evasa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Ventimiglia e della controinteressata soc. Rag Luigi e Gerolamo Colombo di Rag Luigi Colombo e C. S.r.l.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2024 il dott. Marcello Bolognesi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

1) La presente decisione riguarda **unicamente l'istanza endoprocedurale per l'accesso agli atti** presentata ai sensi dell'art. 116, comma 2, del C.p.a. contestualmente al ricorso impugnatorio di cui in epigrafe.

2) La ricorrente, in seguito al ricevimento della Lettera d'invito del 21.12.2023, ha partecipato alla selezione per l'affidamento del servizio di gestione dei parcheggi a pagamento del Comune di Ventimiglia, poi affidato alla controinteressata soc. Rag. Luigi e Gerolamo Colombo di Rag. Luigi Colombo e C. S.R.L. con determina dirigenziale n. 404 del 22.5.2024 impugnata con il ricorso di cui in epigrafe.

3) Saba Italia, in seguito alla comunicazione dell'aggiudicazione alla controinteressata, ha presentato in data 24.5.2024 un'istanza di accesso agli atti di gara in dichiarata applicazione dell'art. 36 del nuovo Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 36/2023).

4) L'ente concedente, con nota del 27.5.2024, ha esibito soltanto alcuni documenti, trasmettendo "le buste amministrativa, tecnica ed economica, nonché la corrispondenza tra la Stazione Appaltante e la ditta

aggiudicataria, inerente la verifica dell'offerta anormalmente bassa" ma non le giustificazioni dell'anomalia dell'offerta e, inoltre, l'offerta tecnica trasmessa è stata quasi completamente oscurata.

5) La ricorrente, in data 30.5.2024, ha presentato un'integrazione all'istanza di accesso (anche in questo caso in applicazione degli artt. 35 e 36 del nuovo Codice dei contratti), chiedendo l'ostensione anche dei citati atti non esibiti o oscurati, ritenuti necessari per l'esercizio del diritto di difesa.

6) L'ente concedente in data 10.6.2024 ha trasmesso le giustificazioni dell'anomalia della controinteressata ma ha confermato l'oscuramento integrale dell'offerta tecnica già inviata il 27.5.2024, precisando di avere *"valutato la possibile sussistenza delle motivazioni di diniego all'estrazione completa dell'offerta tecnica, evidenziate dalla società aggiudicataria nella dichiarazione prodotta in sede di gara, connesse a segreti commerciali e tecnici o comunque legate a strategie imprenditoriali frutto dell'esperienza e di conoscenze acquisite nel tempo dalla società medesima che se rese note potrebbero comprometterne in futuro la concorrenzialità sul mercato nel settore di riferimento".*

7) La ricorrente, con ulteriore nota del 12.6.2024, ha nuovamente richiesto l'esibizione dell'offerta tecnica priva di oscuramenti ribadendone l'indispensabilità per l'esercizio del diritto di difesa, ma non ha ottenuto risposta.

8) Saba Italia, pertanto, contestualmente al ricorso impugnatorio di cui in epigrafe notificato il 26.6.2024, ha proposto anche l'istanza ostensiva endoprocessuale ai sensi dell'art. 116, comma 2, del C.p.a. per ottenere l'ostensione integrale dei documenti richiesti con l'istanza di accesso del 24.5.2024 e, segnatamente, dell'offerta tecnica non oscurata.

9) Si sono costituite in giudizio l'ente concedente e la controinteressata, eccependo la tardività della proposizione dell'azione ostensiva di cui all'art. 116, comma 2, C.p.a. in relazione al termine di 10 giorni stabilito dall'art. 36 del D.lgs. n. 36/2023.

10) Alla camera di consiglio del 19.7.2024 è passata in decisione la domanda ostensoria, previa rinuncia delle parti a tutti i termini a difesa.

11) *Preliminarmente si deve esaminare l'eccezione pregiudiziale formulata dalle parti resistenti secondo cui l'istanza endoprocessuale ai sensi dell'art. 116, comma 2, sarebbe tardiva perché presentata oltre il termine di 10 giorni previsto dall'art. 36, comma 4, del D.lgs. n. 36/2023.*

L'eccezione è fondata.

11.1) L'art. 36 del D.lgs. n. 36/2023 prevede una disciplina processuale speciale in materia di accesso agli atti nella prospettiva di contemperare contrapposti interessi:

- alla trasparenza della procedura;
- alla riservatezza dei dati dei partecipanti in presenza di specifici contro-interessi all'esibizione;
- al diritto di difesa di chi chiede l'esibizione degli atti che, in talune situazioni, può prevalere sul controlimite della riservatezza;
- alla celerità della procedura, quale componente del più ampio principio del risultato di cui all'art. del nuovo Codice.

Al fine di contemperare tali molteplici interessi, il comma 4 del citato art. 36 ha stabilito che *“Le decisioni di cui al comma 3 sono impugnabili ai sensi dell’articolo 116 del C.p.a. ... con ricorso notificato e depositato entro dieci giorni dalla comunicazione digitale della aggiudicazione...”*. Tale disciplina processuale, per quanto riguarda i termini di notifica e deposito del ricorso, ha carattere speciale rispetto a quella dell’art. 116 del C.p.a. in quanto funzionale a tutelare l’interesse alla celerità del procedimento.

Ebbene, nel caso di specie, l’ente concedente ha manifestato la sua *“decisione”* di secretare l’offerta tecnica della controinteressata già in data 27.5.2024 quando ha esibito l’offerta tecnica oscurata.

Tale *“decisione”* è stata poi confermata con la nota del 10.6.2024 la quale ha precisato che l’oscuramento è avvenuto per tutelare i segreti commerciali e tecnici della controinteressata.

Pertanto l’azione ostensoria, ai sensi dell’art. 36, comma 4, del D.lgs. n. 36/2023, avrebbe dovuto essere proposta entro il termine di 10 giorni decorrente dal 27.5.2024 o, a tutto concedere, dal 10.6.2024, quindi non oltre il 20.6.2024, mentre la ricorrente l’ha proposta solamente in calce al ricorso impugnatorio dell’affidamento del servizio alla controinteressata notificato il 26.6.2024 e, quindi, tardivamente rispetto al termine perentorio previsto dalla nuova normativa, con conseguente irricevibilità dell’istanza ostensoria proposta ai sensi dell’art 116, comma 2, C.p.a..

11.2) La ricorrente afferma che il ricorso sarebbe tempestivo perché, nel caso di specie, sarebbe ancora applicabile la disciplina prevista dal precedente Codice dei contratti (art. 53 del D.lgs. n. 50/2016) sia per effetto dell’articolo 225, comma 2, del nuovo Codice dei contratti, sia perché l’articolo 30 della Lettera di invito afferma che *“Il diritto di accesso alla documentazione di gara è esercitabile in conformità alle disposizioni vigenti nella materia (art. 53 del D.Lgs. n. 50/2016, ancora vigente fino al 31/12/2023 ...)”*.

L’assunto è infondato.

In primo luogo la norma transitoria di cui all’art. 225, comma 2, del D.lgs. n. 36/2023 afferma che l’art. 53 del precedente Codice (D.lgs. n. 50/2016) *“continua ad applicarsi fino al 31.12.2023 per lo svolgimento delle attività relative ... c) all’accesso alla documentazione di gara ...”* sicché è pacifico che tale norma non sia invocabile nel caso di specie in cui l’accesso è stato richiesto con istanza della ricorrente presentata il 24.5.2024 e, per di più, in dichiarata applicazione degli artt. 35 e 36 del D.lgs. n. 36/2023.

In secondo luogo l’art. 36 del D.lgs. n. 36/2023 è divenuto efficace dall’1.4.2024, talché esso è applicabile sia all’istanza ostensoria del 24.5.2024 che al regime processuale di impugnazione della *“decisione”* di oscuramento dell’offerta tecnica da parte dell’ente concedente, posteriore all’1.4.2024.

Infine l’art. 30 della Lettera di invito ha affermato che l’accesso alla documentazione di gara è esercitabile ai sensi dell’art. 53 del D.Lgs. n. 50/2016 *“ancora vigente fino al 31/12/2023”*, con l’ovvia conseguenza dell’inapplicabilità di tale norma successivamente a tale data.

Pertanto, al momento di presentazione dell’istanza di accesso del 24.5.2024, era applicabile il nuovo regime (sostanziale e) processuale dell’accesso, con conseguente necessità di impugnazione giurisdizionale della *“decisione”* sull’oscuramento degli atti di gara nel termine di 10 giorni dalla sua comunicazione (avvenuta al più tardi in data 10.6.2024), con conseguente tardività dell’istanza ex art. 116, comma 2, proposta unitamente al ricorso impugnatorio notificato il 26.6.2024, quindi oltre il termine di 10 giorni previsto dall’art. 36, comma 4 del Codice dei contratti n. 36/2023.

12) Conclusivamente l'istanza di accesso endoprocessuale in esame è irricevibile perché tardivamente proposta.

13) La novità della questione giustifica la compensazione delle spese della fase.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima) dichiara irricevibile l'istanza ostensiva formulata dalla ricorrente ai sensi dell'art. 116, comma 2, C.p.a..

Spese della fase compensate.

Così deciso a Genova nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Marcello Bolognesi, Referendario, Estensore

Davide Miniussi, Referendario

L'ESTENSORE

Marcello Bolognesi

IL PRESIDENTE

Giuseppe Caruso

IL SEGRETARIO