

Accesso all'offerta dell'aggiudicatario: necessario dimostrare la stretta indispensabilità

Scritto da Interdata Cuzzola | 03/02/2023

Come ritenuto dalla costante giurisprudenza, la fondatezza dell'istanza di accesso all'offerta dell'aggiudicatario di un appalto da parte di altro concorrente deve preliminarmente considerare, nel bilanciamento tra esigenze di difesa e tutela della riservatezza commerciale e industriale, se sia stata adeguatamente evidenziata la *"stretta indispensabilità"* della documentazione richiesta ai fini del giudizio eventualmente in essere o da instaurare (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sent. 20 gennaio 2022, n. 369). Sul punto deve richiamarsi il comma 6, dell'art. 53 del Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016) secondo il quale, *"in relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto"*.

Il TAR Lombardia, Milano, sez. IV, nella sent. 23 gennaio 2023, n. 203, ha ritenuto che tale stretta indispensabilità possa riconoscersi nel caso di un minimo distacco tra i punteggi ottenuti dall'aggiudicatario e dall'altro operatore (nel caso specifico, il secondo classificato) che richiede l'accesso al contenuto dell'offerta tecnica, e più in generale della documentazione afferente alla stessa, al fine di tutelare i propri interessi in giudizio, visto che in sede di (eventuale) ricorso avverso l'aggiudicazione potrebbero essere dedotte censure in grado di determinare sia l'attribuzione di un maggior punteggio alle componenti dell'offerta tecnica dell'operatore richiedente l'accesso e ricorrente, sia la riduzione di quello attribuito alle varie parti dell'offerta dell'aggiudicatario, conseguendone in tal modo la diminuzione del punteggio finale assegnato a quest'ultima.

Né rileva l'opposizione dell'aggiudicatario nel caso in cui non venga adeguatamente provata la natura di segreto tecnico o commerciale di parti dell'offerta.

Conseguentemente, secondo i giudici, risultava nel caso concreto la sussistenza di un interesse diretto, concreto e attuale dell'operatore secondo classificato ad ottenere l'accesso all'integrale documentazione di gara, comprensiva dell'offerta tecnica, dei chiarimenti e dei giustificativi presentati dall'aggiudicatario; ed infatti, la possibilità di contestare in sede giurisdizionale le valutazioni compiute dal seggio di gara non può prescindere da una completa conoscenza del contenuto dell'offerta dell'operatore primo classificato, da cui discende altresì la conseguenza che *"il termine per l'impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l'interessato li abbia conosciuti"* (Consiglio di Stato, Ad. Plen., sent. 2 luglio 2020, n. 12; cfr. anche TAR Lombardia, Milano, sez. IV, sent. 8 febbraio 2022, n. 290) ciò appare coerente con l'obiettivo di disincentivare la prassi dei ricorsi *"al buio"*, ovvero *"in abstracto"*, nella terminologia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, considerato che un siffatto rimedio sarebbe *"di per sé destinato ad essere dichiarato inammissibile, per violazione della regola sulla specificazione dei motivi di ricorso, contenuta nell'art.*

40, comma 1, lettera d), del c.p.a.” (Consiglio di Stato, Ad. Plen., sent. 2 luglio 2020, n. 12; cfr. anche TAR Lombardia, Milano, sez. II, sent. 3 novembre 2021, n. 2410).

Quanto alla rilevanza della documentazione richiesta in ordine all’instaurando giudizio – la cui proposizione è peraltro eventuale, visto che solo dopo l’acquisizione della predetta documentazione la parte interessata potrà valutare se ne sussistono le condizioni – deve ribadirsi che *“la pubblica amministrazione detentrica del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell’art. 116 c.p.a. non devono invece svolgere 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 [non potendo questi ultimi] sostituirsi ex ante al giudice competente nella inammissibile e impossibile prognosi circa la fondatezza di una particolare tesi difensiva, alla quale la richiesta di accesso sia preordinata, salvo, ovviamente, il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell’accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla l. n. 241 del 1990”* (Consiglio di Stato, Ad. Plen., sent. 18 marzo 2021, n. 4).