

Publicato il 06/12/2022

**N. 00977/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00678/2022 REG.RIC.**



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 678 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Sol.Co. Civitas Consorzio Fra Cooperative Sociali di Solidarietà Società Cooperativa Sociale, Seacoop Società Coop. Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Marco Masi, Maria Cristina Fabbretti, con domicilio digitale come da PEC da Registro di Giustizia;

contro

Nuovo Circondario Imolese- Centrale Unica di Committenza Comuni di Imola - Castel San Pietro Terme - Medicina - Castel Guelfo di Bologna, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Silva Gotti, con domicilio digitale come da PEC da Registro di Giustizia;

nei confronti

Consorzio Blu Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Enrico Giuseppe Vallania, con domicilio digitale come da PEC da Registro di Giustizia;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

della comunicazione del Nuovo Circondario Imolese del 29 agosto 2022 avente ad oggetto: “GARA EUROPEA A PROCEDURA TELEMATICA APERTA PER L’AFFIDAMENTO DELL’APPALTO DI SERVIZI EDUCATIVI, ASSISTENZIALI, DI MEDIAZIONE ED ALTRI PER I COMUNI DI IMOLA, CASTEL SAN PIETRO TERME, MEDICINA, DOZZA, CASTEL GUELFO DI BOLOGNA, MORDANO, BORGO TOSSIGNANO, FONTANELICE, CASTEL DEL RIO. -

Comunicazione ai sensi dell'art. 76, cc. 5-6, del D.Lgs. 50/2016.” (doc. 10);

- della determina n. 199 del 29/08/2022 del Nuovo Circondario Imolese avente ad oggetto: “GARA EUROPEA A PROCEDURA TELEMATICA APERTA PER L’AFFIDAMENTO DELL’APPALTO DI SERVIZI EDUCATIVI, ASSISTENZIALI, DI MEDIAZIONE ED ALTRI PER I COMUNI DI IMOLA, CASTEL SAN PIETRO TERME, MEDICINA, DOZZA, CASTEL GUELFO DI BOLOGNA, MORDANO, BORGO TOSSIGNANO, FONTANELICE, CASTEL DEL RIO. APPROVAZIONE VERBALI E AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA NON EFFICACE” (doc. 4);

- dei verbali della commissione di gara nella parte in cui sono attribuiti i punteggi all'Offerta tecnica di CONSORZIO BLU SOCIETÀ COOPERATIVA SOCIALE (doc. 7);

- dei verbali della commissione di gara nella parte in cui viene ammessa alla gara il CONSORZIO BLU SOCIETÀ COOPERATIVA SOCIALE (doc.

6);

- di tutti i verbali della commissione di gara (doc. 5-6-7-8-9);
- del provvedimento del RUP e di tutti gli atti adottati per la verifica della congruità del costo della manodopera dell'offerta presentata dal CONSORZIO BLU SOCIETÀ COOPERATIVA SOCIALE, nella parte in cui considera congrua l'offerta presentata dal CONSORZIO BLU SOCIETÀ COOPERATIVA SOCIALE e tutti gli atti non conosciuti;
- di tutti gli atti presupposti e/o conseguenti ancorché non conosciuti;

E PER LA CONSEGUENTE DECLARATORIA

di nullità del contratto eventualmente stipulato fra l'amministrazione e la controinteressata con ordine al subingresso di parte ricorrente nel servizio.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Sol.Co. Civitas Consorzio Fra Cooperative Sociali di Solidarietà Società Cooperativa Sociale il 5/12/2022:

PER L'ANNULLAMENTO,

- dell'aggiudicazione efficace adottata dal servizio centrale unica di committenza associata del nuovo circondario imolese con atto n. 1124 del 27/10/2022 avente ad oggetto: gara europea a procedura telematica aperta per l'affidamento dell'appalto di servizi educativi, assistenziali, di mediazione ed altri per i comuni di Imola, Castel San Pietro Terme, Medicina, Dozza, Castel Guelfo di Bologna, Mordano, Borgo Tossignano, Fontanelice, Castel del Rio – decreto di efficacia aggiudicazione definitiva relativa ai lotti n. 1, 2 e 3 (doc. 26);
- di tutti gli atti presupposti e/o conseguenti ancorché non conosciuti;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Nuovo Circondario Imolese e di Consorzio Blu Società Cooperativa Sociale;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2022 la dott.ssa Ines Simona Immacolata Pisano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Con ricorso iscritto a NRG 678/2022, depositato in data 5.10.2022, la ricorrente SOL.CO. CIVITAS CONSORZIO FRA COOPERATIVE SOCIALI DI SOLIDARIETA' SOCIETA' COOPERATIVA SOCIALE ha proposto domanda ex art. 116, comma 2, cpa deducendo l'illegittimità, per errato bilanciamento tra tutela del segreto commerciale e l'accesso ai documenti; Violazione di legge per violazione e falsa applicazione dell'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016, e degli artt. 3, 22 e ss L. 241/1990 - del diniego opposto dalla stazione appaltante all'ostensione integrale dell'offerta tecnica dell'aggiudicatario del Lotto 1, CONSORZIO BLU SOCIETÀ COOPERATIVA SOCIALE richiesta con istanza di accesso agli atti in data 1/09/2022, motivata con l'argomentazione che "Per quanto riguarda l'ostensione dell'offerta tecnica in forma integrale, non si ritiene che questo documento presenti caratteri di stretta indispensabilità in relazione all'esigenza di tutela manifestata dall'istante e che pertanto la compressione del diritto di riservatezza di segreti tecnici e commerciali dell'impresa prima in graduatoria non risulti pienamente giustificato. Non si consente quindi l'accesso a tale documento".

Ed invero, come argomentato dalla ricorrente, l'Offerta tecnica presentata dalla controinteressata e trasmessa dalla stazione appaltante (doc. 13) si compone di n. 30 pagine di cui, ad eccezione delle prime 2 facciate (fra cui la copertina e l'indice del documento) ed ulteriori 5 pagine (pagg. da 22 a 27), risulta quasi integralmente oscurato il testo sicché dal documento trasmesso non è possibile né verificare la correttezza dei punteggi attribuiti dalla commissione sotto il profilo tecnico, né tantomeno verificare se i servizi indicati nell'offerta corrispondono a quanto richiesto dalla

documentazione di gara e se il costo della manodopera indicato nei chiarimenti richiesti è conforme alle prescrizioni retributive inderogabili, laddove la conoscenza del contenuto dell'Offerta tecnica, alla luce dei vizi rilevati con il soprascritto ricorso, sarebbe invece fondamentale per fini difensivi nel presente giudizio e la richiesta di rilascio integrale di tale documento risulta di stretta indispensabilità per poter proporre ulteriori censure rispetto all'aggiudicazione impugnata con la proposizione di atto di motivi aggiunti.

Si è costituita la controinteressata Consorzio blu, eccependo la carenza di interesse di parte ricorrente che per l'offerta tecnica ha ottenuto il massimo punteggio e non ha quindi motivo di ottenere l'integrale ostensione dell'offerta tecnica, specie nella parte in cui ha presentato opposizione essendo coperta da Know how.

In particolare, come rappresentato nell'atto di opposizione, le parti che "si intendono tutelare nei confronti di chi si trova ad operare in concorrenza nel medesimo settore" della cointrointeressata sono le seguenti:

1. Proposta pedagogica e metodologica
2. Organizzazione del servizio, soluzioni tecnico-gestionali, valutazione e monitoraggio.
3. Proposte migliorative dei servizi senza costi aggiuntivi per l'Amministrazione.

È di tutta evidenza come la presa visione di tali contenuti di rilievo tecnico e metodologico non possa in alcun modo contribuire alla tutela del diritto della controparte a difendere i propri interessi giuridici, non meglio specificati, essendo correlati alla descrizione di: obiettivi, modalità di realizzazione del servizio e metodologie di riferimento della progettazione psico-educativa, modalità di gestione del servizio legate alla specificità organizzativa del Consorzio e alle soluzioni adottate in ragione

dell'articolazione territoriale e del suo staff tecnico, prassi ampiamente collaudate nella più che trentennale esperienza nel settore, proposte innovative e migliorative legate all'attività interna di ricerca e sviluppo.

Tali elementi non contemplano aspetti quantitativi o oggettivi di valutazione, ma procedure e metodologie. Al contrario, secondo il punto di vista di chi scrive, quegli stessi saperi acquistano un rilevante valore se ricondotti alle attività di studio, sperimentazione e ricerca svolte dal Consorzio per la loro ideazione e progettazione, che sarebbero gravemente danneggiate in caso di diffusione e conseguente "acquisizione" da parte della ricorrente, perdendo il loro valore di originalità. In conclusione la controinteressata ribadisce che l'ostensione dei contenuti oggetto di diniego non può in alcun modo contribuire alla tutela del diritto della controparte a difendere i propri interessi giuridici, non contemplando elementi quantitativi o oggettivi di valutazione, ma procedure e metodologie. Al contrario, secondo il punto di vista di chi scrive, quegli stessi saperi acquistano un rilevante valore se ricondotti alle attività di studio, sperimentazione e ricerca svolte dal Consorzio per la loro ideazione e progettazione, che sarebbero gravemente danneggiate in caso di diffusione e conseguente "acquisizione" da parte della ricorrente, perdendo il loro valore di originalità.

Si è altresì costituita la stazione appaltante, che quanto all'istanza ex art.116 c.p.a. ha evidenziato che la correttezza dei principi richiamati dalla ricorrente si scontrerebbe con la fattispecie concreta, dalla quale non può prescindere se si vuole evitare che l'accesso difensivo si traduca in una sorta di obbligo indiscriminato per le stazioni appaltanti di rilasciare qualsiasi documento venga richiesto, sulla base di generiche motivazioni fondate sulla necessità di difendersi in giudizio.

Infatti, nella presente procedura di gara, in conformità a quanto previsto

dal disciplinare (paragrafo 15 denominato "offerta tecnica" punto 4, a pag. 28), i concorrenti dovevano indicare, fin dalla partecipazione, le parti dell'offerta tecnica che avrebbero dovuto essere considerate segrete o comunque non ostensibili qualora fosse stato esercitato il diritto di accesso da parte di altro concorrente. Sia Consorzio Blu, sia Sol.co, avevano pertanto depositato l'offerta tecnica oscurata nelle parti ritenute segrete (cfr. rispettivamente doc. 9 e doc. 5), con argomentazioni che la ricorrente Sol.co aveva enunciato espressamente in un'autodichiarazione (doc. 5 bis) e così aveva fatto Consorzio Blu (doc. 10). Oltretutto, le dichiarazioni erano state rese sotto la propria responsabilità penale, ai sensi del DPR n. 445/2000, nonostante non fosse richiesto dal Disciplinare.

In particolare, nella dichiarazione di Sol.co si legge che "all'interno dell'offerta, nella parte tecnica e all'interno delle eventuali spiegazioni richieste in sede di verifica delle offerte anomale e negli eventuali giustificativi dell'offerta economica, sono comprese informazioni che, a giudizio delle scriventi, costituiscono segreti tecnici e commerciali, ex art. 53, c. 5 lett.a) D. Lgs. 50/2016. Nella fattispecie si chiede che non venga divulgato a terzi, in caso di richiesta di accesso agli atti, tutto il contenuto relativo alla relazione tecnica presentata per il Lotto 3, nonché quanto contenuto nelle eventuali giustificazioni dell'offerta economica. In tali elaborati sono contenute, infatti, informazioni aziendali, tecniche, metodologie operative, modelli organizzativi informati da principi esclusivi caratterizzanti le attività di impresa e frutto dell'elaborazione progettuale, maturate dalle scriventi società nel corso dell'attività specifica e frutto di anni di esperienza nel settore oggetto di gara aventi un valore economico che possono recare pregiudizio alla leale concorrenza in altre sedi di gara". Questo dimostrerebbe che, nel mercato di riferimento, sussistono effettivamente molteplici competenze, conoscenze ed esperienze, che la

ricorrente ben conosce e afferma essa stessa di voler proteggere, che caratterizzano i vari operatori. Risulterebbero dunque pretestuose le affermazioni a pag. 20 del ricorso, laddove si legge che la stazione appaltante avrebbe “erroneamente ritenuto che l’intero progetto presentato, presumibilmente indicato come frutto di anni di esperienza specifica nel settore e inestimabile patrimonio di Know-how e professionalità fosse coperto da riservatezza”, quasi a voler intendere che i segreti non sono “reali”.

Argomenta inoltre che l’opposizione della controinteressata è complessivamente formata dalla dichiarazione sui segreti, resa in sede di gara, e dall’opposizione, resa in seguito alla domanda di accesso ed è stata rituale e rispettosa dell’art. 53, comma 5, laddove prescrive che le informazioni segrete siano dichiarate tali in sede di offerta (“le informazioni fornite nell’ambito dell’offerta.....”, sul punto cfr. TAR Milano n. 1294/2017).

La ricorrente sarebbe pienamente consapevole di questo, tanto è vero che, con riguardo alla domanda di accesso, uguale e contraria, presentata dall’aggiudicatario Quadrifoglio Onlus nel Lotto 3, si è a sua volta opposta (cfr. doc. 6) con argomenti identici e speculari rispetto a quelli che ora contesta in questa sede.

L’amministrazione contesta anche le motivazioni della domanda di accesso di Sol.co, genericamente motivata con riferimento alla necessità di verificare se i punteggi assegnati dalla Commissione di gara siano stati corretti senza alcuna evidenza in ordine alla “stretta indispensabilità” dell’offerta tecnica rispetto alle concrete esigenze difensive della ricorrente. Infine, ha ribadito i confini che recentemente il Consiglio di Stato (sez. V, n. 369/2022, citata) ha tracciato proprio al fine di evitare un accesso difensivo senza limiti di sorta che andrebbe ben al di là del contenuto delle disposizioni di legge e,

in particolare, quanto al settore dei contratti pubblici, dell'art. 53 del Codice e ha dunque concluso per il rigetto dell'istanza, avendo parte ricorrente solo dichiarato ma non provato la "stretta indispensabilità" dell'integrale conoscenza dell'Offerta tecnica ai fini della proposizione di atto di motivi aggiunti.

Nell'odierna camera di consiglio l'istanza ex art.116 c.p.a. è stata trattenuta in decisione.

L'istanza ex art.116 comma 2 c.p.a deve essere accolta.

Infatti, in materia di appalti pubblici è lo stesso legislatore che, nel bilanciare il diritto di accesso con quello alla riservatezza del segreto tecnico-commerciale, prevede, al comma 5, lettera a) dell'art.53 D.lgs.50/2016, l'esclusione e il divieto di ogni forma di divulgazione delle "informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali".

Ciò, a meno che, come espressamente previsto nel successivo comma 6 dell'art.53 D.lgs.50/2016, l'istanza di accesso non sia proposta dal "concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto" in cui il legislatore ha espressamente escluso l'applicazione dell'eccezione di cui alla richiamata lett.a) del comma 5.

La norma è dunque chiarissima nel prevedere che se l'istanza di accesso agli atti della gara sia proposta, in generale, da un qualsiasi operatore economico e più in generale da un qualsiasi terzo che non abbia partecipato alla gara (fattispecie alla quale può ben equipararsi anche quella di un concorrente, la cui istanza non sia tuttavia sorretta da esigenze difensive inerenti la specifica gara alla quale l'offerta si riferisce), l'amministrazione ai sensi del comma 5 dell'art.53 D.lgs.50/2016 potrà opporre all'accoglimento,

sulla base della “motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente”, ragioni inerenti all’esistenza di “segreti tecnici o commerciali”.

Completamente diversa è la fattispecie di cui al comma 6 dell’art.53 D.lgs.50/2016, in cui il legislatore ha disciplinato la particolare situazione del “concorrente” – ovvero, di chi abbia effettivamente partecipato alla gara- al quale riconosce specifiche e più ampie esigenze di accesso agli atti al fine della “difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto”, evidentemente ritenendo che in tali casi il potenziale e ineliminabile rischio di un “accesso meramente esplorativo” sia mitigato, e comunque debba essere ritenuto un rischio “accettabile”, tenuto conto della circostanza che in tal caso l’istanza non viene presentata dal “quisque de populo” o da un qualsiasi operatore economico operante nel medesimo settore economico, ma da un concorrente che ha partecipato alla medesima gara e che quindi vanta un interesse qualificato all’accesso a tutti gli atti di gara (v.anche T.A.R. Abruzzo L'Aquila Sez. I, 11/05/2022, n. 164).

Nello specifico caso in cui sia il “concorrente che ha partecipato alla gara” – e non un qualsiasi “operatore economico concorrente nel mercato” a presentare l’istanza a fini difensivi, il bilanciamento tra accesso difensivo e tutela del segreto tecnico-commerciale è stato infatti risolto a monte dal legislatore che ha, appunto, riconosciuto la prevalenza della prima esigenza anche laddove ricorrano eventuali “informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali”.

Ne deriva che, a fronte di un caso concreto in siffatta fattispecie – concorrente che ha partecipato alla gara che presenta una richiesta di accesso agli atti motivandola in relazione alla esigenza di difesa in giudizio

dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto- anche a fronte della effettiva esigenza di tutela di un segreto tecnico-commerciale l'unica ragione che può essere opposta all'accesso è, ad avviso del Collegio, che l'amministrazione fornisca una esauriente motivazione sul fatto che, contrariamente a quanto affermato dall'istante, l'istanza di accesso non sia proposta dal "concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto".

Ciò trova, ad avviso del Collegio, una giustificazione anche in una lettura costituzionalmente orientata della norma: infatti, mentre il segreto tecnico-commerciale trova la propria tutela in fonti di rango primario (art.53 comma 6 d.lgs. 50/2016- art.98 ss. Codice della proprietà industriale), il diritto alla difesa trova riconoscimento nella Carta costituzionale (art.24 Cost). Né potrebbe invocarsi, quanto alla tutela dei segreti tecnici e commerciali, la protezione di rango costituzionale accordata alla riservatezza e ai dati personali dagli artt.7 ed 8 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (2000/C 364/01) (c.d.Carta di Nizza), applicabile – come anche il Regolamento generale per la protezione dei dati personali 2016/679 (GDPR) e il Codice in materia di protezione dei dati personali (Dl.lgs.196/2003) – alle persone fisiche, ma non anche alle persone giuridiche.

Da ciò deriva anche che quando, come nel caso in esame, venga eccepita una esigenza di "riservatezza" del segreto tecnico-commerciale della persona giuridica (diversamente dalla riservatezza della persona fisica, a cui si riferisce la sentenza della A.P. n.4/2021) deve escludersi la sussistenza di qualsiasi potere di "bilanciamento" degli interessi in gioco in capo all'amministrazione, che dovrà limitarsi a verificare - e a motivare puntualmente – circa la sussistenza dei presupposti a fronte dei quali il legislatore ha ritenuto, in materia di appalti, di limitare o escludere – che, lo

si ricorsa, costituisce eccezione al generale principio di accesso – il diritto di accesso agli atti amministrativi.

Giova al riguardo rammentare anche che, come ricordato dalla già citata decisione dell'A.P. n.4/2021, in caso di istanza di accesso agli atti per esigenze “difensive”, “ la pubblica amministrazione detentrica del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. non possono svolgere ex ante alcuna ultronea valutazione sull'ammissibilità, sull'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 detentrica del documento o al giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso, salvo 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”.

Il Collegio non ritiene quindi condivisibile l'orientamento giurisprudenziale richiamato da parte ricorrente, nella parte in cui si impone al concorrente, al fine di ottenere un positivo riscontro dell'istanza di accesso, l'onere di dimostrare la “stretta pertinenza” dell'offerta tecnica (della quale nella parte secretata non conosce il contenuto), ai fini della difesa in giudizio, o addirittura il nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e “le censure formulate” (in tal senso: Cons. Stato Sez. V, 14/01/2022, n. 263), ritenendosi per le motivazioni già evidenziate sufficiente la più ampia allegazione della concreta necessità dell'ostensione del documento ai fini della concreta proposizione di un giudizio (T.A.R. Lazio Roma Sez. III, 16/09/2022, n. 11896).

La prima interpretazione, peraltro, ad avviso del Collegio pone problemi di

compatibilità con l'art.24 della Costituzione e con la conseguente libertà del difensore di valutare la propria strategia difensiva sulla base dei documenti a sua disposizione, e ciò anche qualora all'esito del vaglio del Giudice del merito le censure eventualmente articolate sulla base di tali documenti si rivelassero nel merito inammissibili o infondate (in tal senso: TAR Lazio, I quater, n. 8858/2021; TAR Lazio, I quater, n.363/2021).

Del resto, come evidenziato dalla citata decisione dell'A.P., neppure il Giudice dell'accesso potrebbe esprimersi sulla "stretta pertinenza" degli atti oggetto di istanza di accesso alle esigenze difensive "salvo 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".

Il Collegio ritiene, inoltre, che tenuto conto della previsione normativa dell'art.53 comma 6 D.lgs.50/2016, sia lo stesso legislatore ad avere ipotizzato, in astratto, un collegamento tra atti di gara ed esigenze difensive qualora l'istanza provenga dal concorrente e inerisca specificamente ad atti relativi "alla procedura di affidamento del contratto", sicchè qualora l'amministrazione intenda denegare l'istanza, a fronte dell'esistenza di un segreto tecnico commerciale, secondo le stesse indicazioni date dall'A.P. dovrà a maggior ragione specificatamente motivare circa la "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", e ciò a maggior ragione quando – come nel caso in esame - il concorrente evidenzi di essere in procinto e addirittura abbia effettivamente proposto, accollandosi i relativi e non irrilevanti costi, un ricorso giurisdizionale.

In ogni caso, anche a voler condividere la sopra richiamata sentenza del Consiglio di Stato n.369/2022, ciò comunque presuppone che, a monte, la stessa amministrazione abbia valutato che effettivamente sussista la necessità di tutelare un segreto tecnico commerciale, sia pure a fronte di quanto “motivato e comprovato dall’offerente (art.53 comma 5 D.lgs.50/2016), a nulla valendo a sostituire la valutazione dell’amministrazione l’eventuale “autocertificazione” richiesta alla parte: la decisione di accogliere o respingere l’istanza, infatti, appartiene esclusivamente all’amministrazione e in caso di diniego, costituendo eccezione al principio generale, deve essere adeguatamente ponderata sulla base del riscontro della effettiva sussistenza dei presupposti normativi.

In particolare, la stazione appaltante è a valutare la concreta sussistenza di un segreto industriale o commerciale, che, ai sensi dell'art. 98 del D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (c.d. codice della proprietà industriale) è costituito dalle informazioni aziendali e dalle esperienze tecnico-industriali, ivi comprese quelle commerciali soggette al legittimo controllo del detentore, ove tali informazioni: a) siano segrete, nel senso che non siano nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore; b) abbiano valore economico in quanto segrete; c) siano sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete (T.A.R. Lombardia Brescia Sez. I, 13/06/2022, n. 598).

In particolare, pur nella discrezionalità concessa all’amministrazione, nel valutare la effettiva sussistenza di un segreto tecnico-commerciale, l’amministrazione non può discostarsi dalla definizione normativa contenuta nel Codice della proprietà Industriale, di cui all'art 98 del d.lgs. 10 febbraio 2005 n. 30, che richiede, ai fini della tutela, che le informazioni

aziendali e commerciali ed esperienze sulle applicazioni tecnico industriali rispondano a requisiti di segretezza e rilevanza economica e siano soggette, da parte del legittimo detentore, a misure di protezione ragionevolmente adeguate (Cons. Stato Sez. V, 07/01/2020, n. 64).

Ed invero, come già rilevato nel precedente citato, “nella definizione di segreti tecnici o commerciali non può ricadere qualsiasi elemento di originalità dello schema tecnico del servizio offerto, perché è del tutto fisiologico che ogni imprenditore abbia una specifica organizzazione, propri contatti commerciali, e idee differenti da applicare alle esigenze della clientela. La qualifica di segreto tecnico o commerciale deve invece essere riservata a elaborazioni e studi ulteriori, di carattere specialistico, che trovano applicazione in una serie indeterminata di appalti, e sono in grado di differenziare il valore del servizio offerto solo a condizione che i concorrenti non ne vengano mai a conoscenza (T.A.R. Campania Salerno Sez. II, 24/02/2020, n. 270)”.

Tanto precisato, applicando le suindicate coordinate nel caso in esame, l’istanza di accesso agli atti deve essere accolta essendosi nel caso in esame l’amministrazione limitata a respingere l’istanza di accesso solo in virtù di quanto dichiarato dall’offerente circa “l’esigenza di tutela manifestata dall’istante”, senza alcuna autonoma valutazione sulla effettiva sussistenza di segreti tecnici e commerciali dell’impresa prima in graduatoria.

Né la sussistenza di tale presupposto è stata comprovata in giudizio, avendo la controinteressata lamentato esigenze di segretezza della propria organizzazione aziendale, della propria specifica metodologia di lavoro, dei propri processi lavorativi e della propria esperienza che, tuttavia, per i motivi ampiamente detti, non costituiscono oggetto della specifica protezione accordata dalla norma in materia di appalti pubblici al solo “segreto tecnico commerciale”, e non un generico know-how

dell'imprenditore, ove non accompagnato dalla dimostrazione da parte dell'offerente che intenda opporsi all'ostensione di elaborazioni e studi ulteriori, di carattere specialistico, che trovino applicazione in una serie indeterminata di appalti, e siano in grado di differenziare il valore del servizio offerto solo a condizione che i concorrenti non ne vengano mai a conoscenza (in termini, T.A.R. Lombardia Brescia Sez. I, 13/06/2022, n. 598) .

Né la tutela prevista dall'art.53 D.lgs.50/2016 può essere estesa oltre i casi espressamente previsti dalla disposizione, potendo il diritto di accesso agli atti della P.A., quale principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza (art. 22, co. 2, l. n. 241/1990) subire limitazioni nei soli casi indicati dalla Legge (costituenti eccezione in attuazione di un bilanciamento di valori tutti costituzionalmente tutelati al detto principio generale).

Ciò rende di per sé illegittimo il diniego, perché venendo meno la valutazione circa la sussistenza di un segreto tecnico commerciale viene comunque a cadere anche il motivo di diniego afferente alla ritenuta "non pertinenza" del documento alle esigenze difensive rappresentate, della cui non condivisibilità nel caso in esame si è già ampiamente detto.

Poiché quindi, la dichiarazione della controinteressata non integra gli estremi della "motivata e comprovata dichiarazione", volta a dimostrare l'effettiva sussistenza di un segreto industriale o commerciale meritevole di salvaguardia (art. 53 comma 5 let. "a"), e siccome la stazione appaltante non ha svolto un concreto apprezzamento degli interessi contrapposti, limitandosi a richiamare l'esistenza di un'opposizione da parte della controinteressata, l'istanza è fondata e merita accoglimento.

In conclusione, quindi, l'istanza va accolta e, per l'effetto, l'Amministrazione resistente dovrà consentire (entro il termine di trenta

giorni dalla comunicazione ovvero dalla notificazione, se anteriore, della presente pronuncia) l'accesso alla documentazione richiesta.

Spese compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda), pronunciando sull'istanza ex art.116 comma 2 c.p.a. proposta con il ricorso in epigrafe la accoglie e per l'effetto ordina all'amministrazione di consentire alla ricorrente l'accesso integrale alla documentazione richiesta.

Compensa le spese.

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Ugo Di Benedetto, Presidente

Umberto Giovannini, Consigliere

Ines Simona Immacolata Pisano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Ines Simona Immacolata Pisano

IL PRESIDENTE

Ugo Di Benedetto

IL SEGRETARIO