

ACCESSO: Atti di una procedura competitiva ad evidenza pubblica - Da parte del concorrente classificatosi al quinto posto in graduatoria - Sussiste - Accesso consentito in modalità oscurata - Ove difettino esigenze di riservatezza - Illegittimità - Art. 53 D.lgs. n. 50 del 2016.

Tar Veneto - Venezia, Sez. I, 8 febbraio 2022, n. 240

“[...] L'accesso ai documenti amministrativi costituisce un principio dell'attività amministrativa e per la disciplina generale prevista dall'art. 22 della legge n. 241 del 1990, deve ritenersi sempre ammesso a fronte dell'interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti.

L' art. 53 del D.lgs. n. 50 del 2016, pone un criterio più stringente rispetto a quanto previsto in linea generale dalla norma sopra citata, perché ammette l'accesso alle informazioni contenenti segreti tecnici o commerciali per la difesa in giudizio degli interessi del concorrente, nei soli limiti della necessità della documentazione richiesta ai fini dell'esercizio della tutela in sede giudiziale in termini di stretta indispensabilità.

Il Collegio ritiene che tale disposizione trovi applicazione non in senso restrittivo, limitatamente alle sole procedure di appalto in senso proprio, ma abbia una forza espansiva che la rende applicabile a tutte le procedure competitive ad evidenza pubblica per le quali il bilanciamento tra accesso e riservatezza viene a porsi negli stessi termini in cui emerge nelle procedure d'appalto [...]”.

2. [...] nel valutare l'effettiva sussistenza di un segreto tecnico – commerciale l'Amministrazione non può ignorare la 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 debbano avere i requisiti di segretezza e rilevanza economica ed essere soggette, da parte del legittimo detentore, a misure di protezione ragionevolmente adeguate (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 22 luglio 2021, n. 8858; Consiglio di Stato, Sez. V, 7 gennaio 2020, n. 64).

Infatti non qualsiasi elemento di originalità del servizio offerto è riconducibile entro la categoria dei segreti tecnici o commerciali, perché è inevitabile che ogni operatore possieda elementi che differenziano la propria organizzazione e la propria offerta in una procedura di tipo comparativo, ma la qualifica di segreto tecnico o commerciale deve essere riservata ad 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 [...].

Nel caso in esame i punteggi sono stati attribuiti con riferimento a dei criteri che di per sé non implicano la rivelazione di elementi coperti da riservatezza e che verranno comunque resi noti a chiunque nel momento in cui verrà data esecuzione al servizio [...]”.

FATTO e DIRITTO

La Società ricorrente Helbiz Italia s.r.l. (d’ora in poi Helbiz), che opera nel settore della mobilità urbana sostenibile fornendo servizi di *sharing* con monopattini, biciclette a pedalata assistita e *scooter* elettrici, ha presentato al Comune di Verona la propria manifestazione di interesse per l’avviso pubblico pubblicato il 15 marzo 2021, volto ad individuare degli operatori interessati a svolgere l’attività di noleggio di monopattini.

Al termine della valutazione comparativa tra le proposte pervenute, la ricorrente è risultata al quinto posto della graduatoria finale ed ha proposto un ricorso giurisdizionale, pendente presso questa Sezione al n. r.g. 1186 del 2021, con cui ha impugnato gli atti della procedura e il provvedimento di aggiudicazione con cui sono stati autorizzati tre operatori a presentare una segnalazione certificata di inizio attività per lo svolgimento del servizio.

Prima della proposizione del ricorso, la ricorrente in data 8 ottobre 2021, ha presentato un’istanza di accesso al Comune per ottenere copia, al fine di difendere le proprie ragioni in giudizio, delle proposte di gestione del servizio ammesse alla procedura, corredate dei relativi allegati concernenti l’offerta tecnica e quella economica, oltre ai verbali di gara.

Il Comune di Verona con provvedimenti del 2 novembre e del 4 novembre 2021 ha consentito l’accesso ai verbali e alla documentazione relativa alle offerte presentate dai soli tre operatori aggiudicatari in gran parte oscurate in modo tale che, deduce la ricorrente, non è in alcun modo possibile per la stessa ricostruire l’*iter* logico seguito dalla Commissione giudicatrice nell’attribuzione dei punteggi alle offerte.

Il diniego di accesso è impugnato con due motivi con i quali la ricorrente lamenta la violazione degli articoli 22 e 24 della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché dell’art. 53 del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, oltre che la carenza di motivazione, l’illogicità e l’irragionevolezza, in quanto nel caso in esame sono oscurate delle parti delle offerte non riferibili a segreti industriali o a problematiche inerenti la tutela del *know how*.

In ogni caso, prosegue la ricorrente, quand’anche fossero sussistenti delle esigenze di riservatezza, ai sensi dell’art. 24, comma 7, della legge n. 241 del 1990, e dell’art. 53, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, deve essere comunque garantito l’accesso necessario a difendere in giudizio i propri interessi giuridici.

Si è costituito in giudizio il Comune di Verona eccependo l'inapplicabilità alla procedura in esame, non riconducibile ad un appalto pubblico, della disciplina di cui all'art. 53 del D.lgs. n. 50 del 2016, e sostenendo che i segreti di carattere industriale o commerciale devono essere tutelati dal rischio di essere divulgati a causa dell'accoglimento di domande di accesso non sorrette da un effettivo interesse o aventi carattere emulativo.

Si è altresì costituita in giudizio la controinteressata Bit Mobility s.r.l. (d'ora in poi Bit Mobility) eccependo la mancata prova dell'indispensabilità dei documenti per i quali è richiesto l'accesso, e sostenendo che la domanda sarebbe volta ad esercitare un'inammissibile censura delle valutazioni discrezionali svolte dalla Commissione. La controinteressata evidenzia inoltre che non sarebbe stata superata la prova di resistenza, dato che Bit Mobility ha conseguito 88 punti, e Helbiz solamente 74, talché, anche attribuendo alla ricorrente il massimo dei punteggi per i criteri 1, 2, 3 e 6, residuerebbe comunque uno scarto di due punti.

Infine Bit Mobility ripropone le considerazioni già rappresentate al Comune in ordine alla necessità dell'oscuramento di ampie parti della propria offerta.

Si è costituita in giudizio anche Lime Technology s.r.l. (d'ora in poi Lime) eccependo l'inapplicabilità alla fattispecie della disciplina sugli appalti, la mancata prova, da parte della ricorrente, della non riconducibilità delle porzioni delle offerte oscurate a segreti industriali o comunque a dati che devono rimanere riservati, ribadendo anch'essa le motivazioni già evidenziate all'Amministrazione in ordine alle esigenze di segretezza circa le caratteristiche tecniche del monopattino, la proposta economica, la capacità operativa e le caratteristiche dell'APP.

Alla camera di consiglio del 12 gennaio 2022, in prossimità della quale Helbiz e Lime hanno presentato memorie a sostegno delle proprie difese, la causa è stata trattenuta in decisione.

Il ricorso è fondato nei termini di seguito specificati.

Va in primo luogo evidenziato che la tesi proposta dal Comune e da Lime secondo cui la domanda di accesso presentata da Helbiz sarebbe estranea alla sfera di applicazione delle regole sancite dal D.lgs. n. 50 del 2016, in quanto nella fattispecie in esame non viene in rilievo una procedura di appalto, non è condivisibile.

L'accesso ai documenti amministrativi costituisce un principio dell'attività amministrativa e per la disciplina generale prevista dall'art. 22 della legge n. 241 del 1990, deve ritenersi sempre ammesso a fronte dell'interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti.

L'art. 53 del D.lgs. n. 50 del 2016, pone un criterio più stringente rispetto a quanto previsto in linea generale dalla norma sopra citata, perché ammette l'accesso alle informazioni contenenti segreti tecnici o commerciali per la difesa in giudizio degli interessi del concorrente, nei soli limiti della

necessità della documentazione richiesta ai fini dell'esercizio della tutela in sede giudiziale in termini di stretta indispensabilità.

Il Collegio ritiene che tale disposizione trovi applicazione non in senso restrittivo, limitatamente alle sole procedure di appalto in senso proprio, ma abbia una forza espansiva che la rende applicabile a tutte le procedure competitive ad evidenza pubblica per le quali il bilanciamento tra accesso e riservatezza viene a porsi negli stessi termini in cui emerge nelle procedure d'appalto.

E' quanto si verifica nel caso in esame, in cui il procedimento prende avvio dal provvedimento con cui il Comune ha contingentato il numero di operatori ammessi a svolgere il servizio di noleggio dei monopattini, e si sostanzia in una procedura competitiva ad evidenza pubblica svolta sulla base di un bando che prevede la nomina di una commissione giudicatrice chiamata ad attribuire dei punteggi sulla base di criteri predeterminati, al fine di selezionare, tra le diverse proposte avanzate, quelle giudicate migliori.

Trovano pertanto applicazione nella presente fattispecie le speciali e specifiche disposizioni derogatorie in punto di differimento, di limitazione e di esclusione della pretesa ostensiva in considerazione delle peculiari esigenze di riservatezza che si manifestano ed assumono rilievo ai sensi del sopra citato art. 53 del D.lgs. n. 50 del 2016.

Quanto al merito della domanda di accesso, va osservato che, contrariamente a quanto eccepito dalle controparti, nel caso in esame sussiste un nesso di necessaria strumentalità tra l'accesso richiesto e la difesa in giudizio della posizione giuridica di Helbiz.

Infatti la ricorrente ha partecipato alla procedura competitiva e intende contestare i punteggi attribuiti alla propria offerta e alle altre concorrenti, e per poter svolgere tali difese deve necessariamente poter conoscere gli elementi sui quali la commissione giudicatrice ha svolto le proprie valutazioni ritenendo di premiare le offerte degli altri operatori.

Esiste pertanto in modo diretto ed inequivoco quel collegamento tra l'esigenza difensiva, la situazione soggettiva finale e il documento di cui è chiesta l'ostensione, che la giurisprudenza ha individuato come necessario al fine dell'esercizio dell'accesso difensivo il quale trova il suo fondamento nel diritto di difesa costituzionalmente tutelato dall'art. 24 Cost. (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen. 18 marzo 2021, n. 4). A fronte della necessità di difendere le proprie ragioni nel giudizio già instaurato tale nesso nel caso di specie viene anche a configurarsi in termini di stretta indispensabilità idonea eventualmente a prevalere su eventuali segreti di carattere industriale o commerciale, dato che l'art. 53, comma 6, del D.lgs. n. 50 del 2016 dispone che anche in presenza di tali esigenze di segretezza *“è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto”*.

L'eccezione sollevata da Bit Mobility circa l'inammissibilità della domanda di accesso per carenza di interesse a causa dell'inammissibilità delle censure volte a contestare la sfera di discrezionalità riservata all'Amministrazione o per il mancato superamento della prova di resistenza, in quanto anche assegnando il massimo punteggio alla ricorrente per le voci oggetto di contestazione rimarrebbe comunque un divario di due punti, è infondata.

Infatti non può escludersi che risultino fondate censure con cui la ricorrente lamenta l'erroneità o la manifesta illogicità nell'attribuzione dei giudizi dei commissari, con la conseguente attribuzione non solo di un maggiore punteggio per la propria offerta, ma anche di un minor punteggio alla controinteressata: non può quindi ritenersi che sussistano i presupposti per escludere *ex ante* che dall'ostensione degli atti possano emergere elementi i quali, valorizzati in giudizio, siano idonei ad arrecare un'effettiva utilità finale alla ricorrente.

Peraltro va anche evidenziato che non è questa la sede per svolgere compiutamente ed in modo approfondito tali valutazioni, posto che, come precisato in giurisprudenza *“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 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”* (in questi termini la sopra citata sentenza del Consiglio di Stato, Ad. Plen. 18 marzo 2021, n. 4).

Alla stregua di tali premesse, è tuttavia necessaria una precisazione, perché nella domanda di accesso la ricorrente ha chiesto di avere copia di tutte le proposte di gestione del servizio ammesse alla procedura e tale richiesta nella sua ampiezza eccede chiaramente le esigenze difensive della ricorrente.

La stessa infatti si è classificata al quinto posto rispetto ad un numero complessivo di dodici operatori ammessi, ed ha interesse a conoscere gli elementi che sono stati oggetto di valutazione da parte della commissione limitatamente alla posizione dei soli concorrenti che la precedono in graduatoria, e non anche rispetto alla posizione dei soggetti che la seguono, che sono estranei alla controversia dato che non possono assumere neppure la qualifica di controinteressati nel giudizio

già instaurato, ed in questo caso manca pertanto un collegamento tra le offerte di queste concorrenti e le esigenze difensive.

Ciò premesso deve osservarsi che nel caso in esame l'Amministrazione ha ommesso di esternare la valutazione compiuta con riferimento alla effettiva sussistenza, nella documentazione richiesta, di segreti tecnici o commerciali tali da poter astrattamente paralizzare (in caso di mancata dimostrazione della necessità di accedere agli stessi per finalità difensive) il diritto di accesso ai documenti amministrativi richiesti, e neppure i controinteressati costituitisi in giudizio hanno comprovato l'esistenza di ragioni che giustifichino una estesa ed indiscriminata esigenza di sottrarre all'accesso così ampie parti dell'offerta, pena altrimenti la rivelazione di segreti industriali o commerciali.

Sul punto va osservato che nel valutare l'effettiva sussistenza di un segreto tecnico – commerciale l'Amministrazione non può ignorare la 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 debbano avere i requisiti di segretezza e rilevanza economica ed essere soggette, da parte del legittimo detentore, a misure di protezione ragionevolmente adeguate (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 22 luglio 2021, n. 8858; Consiglio di Stato, Sez. V, 7 gennaio 2020, n. 64).

Infatti non qualsiasi elemento di originalità del servizio offerto è riconducibile entro la categoria dei segreti tecnici o commerciali, perché è inevitabile che ogni operatore possieda elementi che differenziano la propria organizzazione e la propria offerta in una procedura di tipo comparativo, ma la qualifica di segreto tecnico o commerciale deve essere riservata ad 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 (cfr. T.A.R. Campania, Salerno Sez. II, 24 febbraio 2020, n. 270).

Nel caso in esame i punteggi sono stati attribuiti con riferimento a dei criteri che di per sé non implicano la rivelazione di elementi coperti da riservatezza e che verranno comunque resi noti a chiunque nel momento in cui verrà data esecuzione al servizio.

Quanto al primo criterio, le tariffe a tempo, gli abbonamenti, le tariffe agevolate e quanto proposto dalle concorrenti, è comunque destinato ad essere conosciuto quando il servizio sarà attivato.

Le medesime considerazioni possono essere svolte con riguardo alle modalità di manutenzione, alla gestione delle segnalazioni e alle informazioni agli utenti, all'indicazione del numero dei riposizionamenti quotidiani dei monopattini, all'indicazione dei tempi minimi e massimi di prelievo da strada dei monopattini in avaria con pronta sostituzione, alle modalità di segnalazione agli utenti

in ordine al traffico o di modifica della viabilità eventualmente comunicate dall'Amministrazione, oggetto del secondo criterio. Anche in questo caso si tratta di informazioni destinate ad essere conosciute da chiunque successivamente.

Parimenti per quanto concerne la funzionalità dell'APP oggetto del terzo criterio, va osservato che la *lex specialis* non ha richiesto di allegare le specifiche tecniche circa le modalità del suo funzionamento, ma solamente di descriverne la facilità di utilizzo. Anche in questo caso non sono ravvisabili elementi che giustifichino esigenze di riservatezza, dato che la predetta APP è destinata ad essere utilizzata da chiunque, e le medesime conclusioni valgono anche per l'altra voce che è ad oggetto del medesimo criterio, che riguarda il Call Center, del quale deve essere descritta la disponibilità o meno di un operatore e la facilità di accesso.

Anche rispetto alle caratteristiche dei monopattini non è configurabile un'esigenza di tutela di elementi coperti da riservatezza, dato che le concorrenti non sono produttrici dei mezzi, ma utilizzano monopattini prodotti da terzi reperibili sul mercato privato, le cui caratteristiche sono *aliunde* conoscibili.

Profili parimenti conoscibili a seguito dell'attivazione del servizio devono considerarsi anche gli ulteriori elementi, quali l'estensione territoriale del sistema proposto, mentre l'esperienza maturata costituisce senz'altro un elemento che differenzia ogni operatore, ma che non può di per sé essere coperto da esigenze di riservatezza, tanto più in una procedura nella quale è oggetto dell'attribuzione di uno specifico punteggio.

In definitiva, sussistendo un interesse strumentale diretto alla conoscenza dei documenti di cui è chiesto l'accesso, e non essendo comprovata l'esistenza di ragioni che giustifichino la presenza di esigenze di riservatezza per la presenza di segreti di carattere industriale o commerciale, il ricorso deve essere accolto nel senso sopra precisato.

Conseguentemente viene accertata l'illegittimità del diniego parziale di cui alle note del Comune di Verona del 2 e del 4 novembre 2021, e il diritto di Helbiz ad accedere in modalità integrale, non oscurata, alla documentazione richiesta con istanza dell'8 ottobre 2021, con esclusione dei soli documenti di gara presentati dalle concorrenti che nella graduatoria finale seguono la quinta posizione della ricorrente, e con conseguente declaratoria dell'obbligo dell'Amministrazione resistente di esibire la documentazione in modalità integrale.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, annulla i provvedimenti impugnati, accoglie

l'istanza di accesso proposta ai sensi di cui all'art. 116, comma 1, cod. proc. amm., con riferimento alla domanda della ricorrente dell'8 ottobre 2021, nonché con riferimento alla documentazione ostesa in modalità oscurata, e ordina all'amministrazione di consentirne l'accesso in modalità integrale, nel senso e nei limiti precisati in motivazione.

Condanna il Comune di Verona e le parti controinteressate alla rifusione delle spese di lite in favore della parte ricorrente, liquidandole nella somma di € 2.000,00, da dividere in parti uguali, a titolo di spese e competenze oltre ad iva e cpa.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Stefano Mielli, Consigliere, Estensore

Filippo Dallari, Referendario

IL SEGRETARIO