

Publicato il 27/11/2024

N. 00823/2024 REG.PROV.COLL.
N. 00391/2024 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 l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 391 del 2024, proposto da Associazione San Martino impresa sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Pietro Laffranco, con domicilio digitale come da PEC da registri di giustizia;

contro

Comune di Terni, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Gennari, con domicilio digitale come da PEC da registri di giustizia e domicilio fisico eletto presso l'Avvocatura comunale in Terni, Piazza Ridolfi, 1;

nei confronti

Be Free società cooperativa sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e in qualità di mandataria del costituendo RTI con l'Associazione Libera...Mente Donna ETS, rappresentata e difesa dall'avv. Aurora Donato e dall'avv. Giulia Alberto, con domicilio digitale come da PEC da registri di giustizia;

Associazione Libera...Mente Donna ETS, non costituita in giudizio;

per l'accesso

al contenuto integrale dell'offerta tecnica dell'aggiudicatario RTI costituendo tra Be Free e Libera...Mente Donna ovvero, in subordine, per l'ostensione integrale delle parti della medesima offerta relative al progetto e agli elementi migliorativi del servizio, nell'ambito della procedura a evidenza pubblica indetta dal Comune di Terni avente ad oggetto il "*sistema integrato dei servizi di contrasto alla violenza di genere*", CPV 85311000 – CUP F49G24000010003, previo, se del caso, annullamento del provvedimento con cui la Stazione appaltante ha approvato l'oscuramento della predetta offerta.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Terni e di Be Free società cooperativa sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice nella camera di consiglio del giorno 5 novembre 2024 la dott.ssa Floriana Venera Di Mauro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Oggetto dell'odierna controversia è la mancata integrale ostensione, a seguito delle richieste della ricorrente Associazione San Martino impresa sociale, dell'offerta tecnica dell'aggiudicatario RTI costituendo tra Be Free società cooperativa sociale (mandataria) e Associazione Libera...Mente Donna ETS (mandante), nell'ambito della gara indetta dal Comune di Terni con determinazione a contrarre del 30 aprile 2024, avente ad oggetto l'appalto di servizi relativo al "*sistema integrato dei servizi di contrasto alla violenza di genere*", del valore complessivo stimato di euro 540.820,00 IVA esclusa (CIG B1AD381FF8).

2. Secondo quanto risulta agli atti del giudizio, il bando di gara ha previsto l'affidamento dell'appalto con procedura aperta, ai sensi dell'articolo 71 del

decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, mediante richiesta d'offerta del mercato elettronico della pubblica amministrazione.

È stata, inoltre, stabilita l'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa a prezzo fisso, ai sensi dell'articolo 108, comma 5, del decreto legislativo n. 36 del 2023, con conseguente competizione tra gli operatori economici solo in base a criteri qualitativi.

Alla gara hanno partecipato unicamente la ricorrente Associazione San Martino e il controinteressato RTI con mandataria Be Free.

Entrambe le offerte presentate sono state giudicate ammissibili e, all'esito della relativa valutazione, il RTI Be Free si è collocato al primo posto della graduatoria, con il punteggio di 92,43, davanti all'Associazione San Martino, che ha conseguito 88,33 punti.

Con determinazione dirigenziale del 30 luglio 2024, comunicata ai concorrenti il successivo 2 agosto, la gara è stata, quindi, aggiudicata in favore del RTI Be Free.

3. Le vicende concernenti l'accesso domandato dalla ricorrente possono essere riassunte nei termini che seguono.

3.1. Sin da prima dell'aggiudicazione, con istanza del 27 giugno 2024, l'Associazione San Martino aveva chiesto alla Stazione appaltante l'ostensione della documentazione “(...) *prodotta dalla RTI Be Free Soc. Coop. Sociale – Ass.ne Libera...Mente Donna (...)*”, specificando che la richiesta aveva ad oggetto: “- *Offerta tecnica; - Documentazione amministrativa prodotta per la Procedura in oggetto; - Ogni atto istruttorio della Commissione giudicatrice; - Tutti i verbali della stessa Commissione e ogni determinazione assunta dalla predetta Commissione e da parte della stazione appaltante incenerente la procedura oggetto dell'accesso agli atti?*”.

L'istanza era motivata in considerazione dell'interesse difensivo della richiedente. In particolare, si evidenziava che, essendo riportato sul portale Me.Pa. soltanto il punteggio complessivo ottenuto da ciascun operatore, “(...) *e non emergendo quindi i dettagli della differenza di punteggio, è interesse di questo*

concorrente di prendere visione di tutti i documenti di gara precedentemente richiesti al fine di poter esercitare compiutamente il proprio diritto di difesa”.

3.2. La Stazione appaltante, con nota del 17 luglio 2024, ha notificato l’istanza di accesso al RTI Be Free, assegnandogli il termine di dieci giorni per presentare una motivata opposizione alla richiesta, ai sensi dell’articolo 3, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 12 aprile 2006, n. 184.

3.3. Con nota del 25 luglio 2024, il predetto RTI ha manifestato la propria opposizione “(...) *alla integrale ostensione dell’offerta tecnica richiesta dalla San Martino ai sensi dell’art. 35, co. 4, lett. a), d.lgs. n. 36/2023, in quanto le informazioni ivi contenute costituiscono segreti tecnici o commerciali suscettibili di rivelare lo specifico know how tecnico e commerciale delle scriventi*”. Nella nota venivano illustrate le ragioni delle ritenute esigenze di segretezza e indicate le parti dell’offerta che, secondo l’avviso dell’operatore, avrebbero dovuto essere oscurate.

Il RTI Be Free ha poi trasmesso alla Stazione appaltante la documentazione prodotta in gara in versione oscurata nelle parti per le quali era stata manifestata l’opposizione all’ostensione.

3.4. Con nota del 26 luglio 2024, l’Amministrazione ha comunicato all’Associazione San Martino il differimento dell’accesso fino all’aggiudicazione, ai sensi dell’articolo 35, comma 2, del decreto legislativo n. 36 del 2023.

3.5. È stata poi resa nota ai due concorrenti, con distinte note del 2 agosto 2024, l’aggiudicazione della gara in favore del RTI Be Free.

Nella nota indirizzata all’Associazione San Martino, la Stazione appaltante ha anche comunicato all’operatore, con riguardo all’istanza di accesso già presentata, “(...) *che, a causa di un malfunzionamento della Piattaforma MEPA a Voi già noto, non è possibile mettere a disposizione in piattaforma, contestualmente alla presente comunicazione, gli atti di cui al comma 1. Si rende noto che i verbali della procedura sono visionabili sul sito istituzionale del Comune di Terni, alla sezione Amministrazione Trasparente. Per la restante documentazione amministrativa sarà possibile estrarne copia digitale presso la sede della scrivente Direzione, previo appuntamento telefonico (...)*”.

3.6. Con un'ulteriore istanza, acquisita al protocollo del Comune il 10 agosto 2024, l'Associazione San Martino ha reiterato la domanda di accedere ai seguenti documenti: “- *Offerta tecnica; Documentazione amministrativa prodotta per la Procedura in oggetto; - Ogni atto istruttorio della Commissione giudicatrice; - Tutti i verbali della stessa Commissione e ogni determinazione assunta dalla predetta Commissione e da parte della stazione appaltante incenerente la procedura oggetto dell'accesso agli atti, ivi comprese tutte le comunicazioni relativi ai procedimenti di soccorso istruttorio e di documenti relativi e il verbale relativo alla procedura di anomalia. E in ogni caso tutti gli atti e documenti e le comunicazioni relative alla procedura in questione*”.

Al fine di motivare la richiesta, l'operatore ha ribadito che “*L'interesse diretto dell'Associazione San Martino Impresa Sociale ETS è quello dell'interesse difensivo. È interesse di questo concorrente di prendere visione di tutti i documenti di gara sopra citati richiesti al fine di poter esercitare compiutamente il proprio diritto di difesa*”.

3.7. La ricorrente ha poi ottenuto l'ostensione di parte degli atti richiesti il 13 agosto 2024.

Più in dettaglio, secondo quanto risulta dal verbale del Responsabile unico del procedimento, l'operatore ha avuto accesso nella predetta data: (i) alla busta amministrativa del RTI Be Free; (ii) alla “*Offerta tecnica parzialmente oscurata*” e al “*Cv personale coinvolto oscurato*”; (iii) al verbale relativo alla verifica di anomalia dell'offerta dell'aggiudicatario.

4. Con ricorso notificato e depositato il 22 agosto 2024, l'Associazione San Martino ha lamentato di aver ricevuto dall'Amministrazione l'offerta tecnica del RTI aggiudicatario in versione pressoché totalmente oscurata.

Al riguardo, la parte ha rappresentato la necessità di ottenere l'integrale ostensione dell'offerta avversaria ai fini dell'esercizio del proprio diritto alla difesa, non essendo possibile, in mancanza, articolare motivi di gravame avverso l'aggiudicazione, se non nella forma generica e inammissibile del c.d. “ricorso al buio”.

Ha, inoltre, evidenziato che, secondo quanto evincibile dalla formulazione dell'articolo 35, commi 4 e 5, del decreto legislativo n. 36 del 2023, anche

laddove l'offerta contenga “*segreti tecnici o commerciali*”, la Stazione appaltante conserva, ai fini dell'accesso, uno spazio di valutazione che, a giudizio della parte, non sarebbe stato previsto negli stessi termini dalla normativa previgente.

Nel caso in esame, considerato l'oggetto della gara, sarebbe, peraltro, difficilmente immaginabile l'esistenza di “*segreti tecnici o commerciali*”.

L'Amministrazione si sarebbe limitata, in effetti, a recepire la richiesta di oscuramento del concorrente aggiudicatario, senza svolgere una propria autonoma valutazione e senza motivare la determinazione adottata.

5. Sulla scorta di queste argomentazioni, l'Associazione San Martino ha domandato l'ostensione integrale dell'offerta tecnica dell'aggiudicatario RTI Be Free ovvero, in subordine, l'ostensione integrale delle parti della medesima offerta relative al progetto e agli elementi migliorativi del servizio, previo, se del caso, annullamento del provvedimento con il quale la Stazione appaltante ha approvato l'oscuramento dell'offerta stessa.

6. Si sono costituiti in giudizio il Comune di Terni e Be Free società cooperativa sociale, in proprio e in qualità di mandataria del costituendo RTI con l'Associazione Libera...Mente Donna ETS.

6.1. In particolare, il Comune di Terni ha eccepito innanzitutto l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, non avendo l'Associazione San Martino impugnato l'aggiudicazione della gara entro trenta giorni dalla relativa comunicazione, né comunque – volendo ritenere applicabile la regola desumibile dall'articolo 76 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 – entro gli ulteriori quindici giorni conseguenti all'esercizio dell'accesso.

Nel merito, il parziale oscuramento dell'offerta dell'aggiudicatario sarebbe legittimo, essendo stato ritenuto dall'Amministrazione, sulla base di quanto esposto dal RTI Be Free nella propria opposizione all'accesso, che le informazioni contenute nella documentazione presentata in gara avessero un

valore commerciale non limitato all'appalto, per cui la loro divulgazione avrebbe potuto pregiudicare l'operatore.

6.2. Nella propria memoria, Be Free ha sostenuto che le istanze di accesso presentate dall'Associazione San Martino sarebbero generiche e che, quindi, non sarebbe dimostrato l'interesse dell'operatore a prendere conoscenza della documentazione richiesta.

In ogni caso, la determinazione della Stazione appaltante di oscurare parzialmente l'offerta del RTI Be Free sarebbe adeguatamente sorretta dalle ragioni esposte dal medesimo concorrente nella propria opposizione all'accesso. Le parti oscurate della relazione conterrebbero, infatti, un patrimonio di conoscenze frutto di esperienze e ricerca accumulate negli anni, dotato di un valore strategico meritevole di tutela e suscettibile di sfruttamento economico.

Occorrerebbe, infine, considerare che la ricorrente Associazione San Martino aveva fatto pervenire alla Stazione appaltante già in fase di gara una versione della propria offerta tecnica integralmente oscurata, ai fini dell'ostensione agli altri concorrenti, e ciò senza alcuna motivazione. Questa circostanza, oltre a far emergere la mancanza di reciprocità nell'ostensione delle offerte tra i concorrenti, militerebbe in favore della ragionevolezza del parziale oscuramento disposto nei confronti dell'offerta del RTI Be Free.

7. In vista della camera di consiglio fissata per la trattazione della causa, anche la ricorrente ha depositato una memoria, con la quale ha insistito nelle proprie allegazioni.

8. Tutte le parti hanno poi replicato alle produzioni avversarie.

8.1. Il Comune di Terni ha anche depositato la nota del 9 settembre 2024, con la quale, a riscontro dell'istanza di accesso della ricorrente del 10 agosto 2024, è stata riepilogata la documentazione già consegnata all'operatore il 13 agosto 2024, tra cui l'offerta tecnica del RTI Be Free parzialmente oscurata, e sono stati inoltre trasmessi ulteriori documenti richiesti, diversi dall'offerta tecnica.

8.2. La ricorrente ha insistito, conclusivamente, per una pronuncia volta a ordinare al Comune di Terni l'ostensione integrale dell'offerta tecnica del RTI aggiudicatario, *“al netto ovviamente della tutela della riservatezza dei dati personali”*, ovvero, in subordine, l'ostensione integrale delle parti della medesima offerta relative al progetto e agli elementi migliorativi del servizio.

9. Alla camera di consiglio fissata la causa è stata chiamata e discussa ed è quindi passata in decisione.

10. Va premesso che nella presente controversia non può trovare applicazione il particolare rito accelerato disciplinato dall'articolo 36 del decreto legislativo n. 36 del 2023, in quanto la disciplina speciale dell'accesso prevista dal nuovo Codice dei contratti pubblici non è stata osservata sul versante procedimentale. Come detto, infatti, l'Amministrazione ha dato termine all'operatore controinteressato per opporsi motivatamente all'istanza di accesso, seguendo quindi l'*iter* ordinario di cui al d.P.R. n. 184 del 2006, e – soprattutto – non ha provveduto a rendere disponibile l'offerta dell'aggiudicatario all'altra concorrente in gara contestualmente alla comunicazione dell'aggiudicazione.

Al riguardo, va condiviso l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale, nel silenzio della disciplina primaria, deve ritenersi che *“(...) nel caso in cui la Stazione appaltante, in violazione del disposto di cui all'art. 36, commi 1 e 2, del D. Lgs. n. 36 del 2023, ometta, integralmente o parzialmente, di mettere a disposizione dei primi cinque concorrenti classificati le offerte degli altri quattro concorrenti e la restante documentazione di gara, deve applicarsi l'ordinario procedimento di accesso agli atti, disciplinato dalla legge n. 241 del 1990, e la disciplina processuale ricavabile dall'art. 116 cod. proc. amm. (senza deroghe), non essendo applicabili le previsioni contenute nel rito super speciale di cui all'art. 36, commi 4 e 7, del D. Lgs. n. 36 del 2023”* (TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 30 settembre 2024, n. 2520).

La peculiarità del rito delineato dal richiamato articolo 36 e la particolare accelerazione processuale da esso imposta inducono, pertanto, a non

estenderne l'applicazione oltre la fattispecie risultante dall'interpretazione strettamente letterale delle previsioni di legge.

11. Ciò posto, va esaminata preliminarmente l'eccezione di improcedibilità del ricorso sollevata dalla difesa comunale.

11.1. Come detto, l'eccezione è stata articolata sulla base della considerazione che, allo stato, l'Associazione San Martino non ha impugnato l'aggiudicazione e che, secondo l'avviso delle controparti, sarebbe ormai decaduta dalla facoltà di proporre ricorso avverso l'esito della gara.

11.2. È, tuttavia, incontestato che la ricorrente non abbia ottenuto l'integrale ostensione dell'offerta tecnica avversaria.

Al riguardo, in disparte ogni altra considerazione, deve osservarsi che non è consentito in questa sede formulare pronostici in merito alla ricevibilità di un eventuale futuro ricorso che la parte potrebbe presentare sulla base di elementi contenuti nella parte di offerta attualmente non conosciuta, atteso che *“(...) non compete al giudice investito della domanda di accesso la delibazione (incidenter tantum) della ammissibilità o meno della (non ancora proposta) domanda di annullamento degli atti di gara”* (Cons. Stato, Sez. V, 21 marzo 2023, n. 2869).

11.3. L'eccezione deve essere, pertanto, respinta.

12. Venendo al merito della controversia, deve anzitutto ricordarsi che, ai sensi dell'articolo 35, comma 4, del decreto legislativo n. 36 del 2023, *“Fatta salva la disciplina prevista per i contratti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, e salvo quanto disposto dal comma 5, il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione: a) possono essere esclusi in relazione alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali (...)”*.

A sua volta, il richiamato comma 5 del medesimo articolo 36 stabilisce che *“In relazione all'ipotesi di cui al comma 4, lettere a) e b), numero 3), è consentito l'accesso al concorrente, se indispensabile ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi giuridici rappresentati in relazione alla procedura di gara”*.

13. La giurisprudenza ha chiarito che, laddove sia effettivamente dimostrata l'esistenza di “*segreti tecnici o commerciali*”, al fine di esercitare il diritto d'accesso “*(...) è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità (da riguardarsi, restrittivamente, in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio. In tal caso, rileva dunque il principio della indispensabilità conoscitiva quale snodo strumentale indefettibile per il concreto esercizio delle prerogative di difesa*” (Cons. Stato, Sez. V, 14 settembre 2023, n. 8332).

Pronunciandosi in relazione a una gara regolata dal previgente decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, questo Tribunale ha avuto modo di illustrare il percorso logico che deve essere seguito al fine di concedere o di negare l'accesso. In particolare, richiamando i principi espressi dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 4599 dell'8 maggio 2023, si è affermato che rimangono “*9.9. [...] ben distinti nell'ambito del procedimento (e, poi, del processo): la valutazione che l'amministrazione è chiamata a compiere sull'istanza di accesso e sulla sussistenza dei presupposti per il suo accoglimento ai sensi degli articoli 22 e seguenti della legge n. 241/1990; la valutazione sulla sussistenza dei segreti tecnici o commerciali; la valutazione della sussistenza delle esigenze della difesa in giudizio in capo a chi ha formulato la richiesta di accedere a documenti contenenti le informazioni predette. Ciascuno dei momenti enucleati in base alla normativa di riferimento dovrà essere positivamente valutato prima che si proceda al passaggio logico successivo, sicché se l'istanza di accesso non presenta i requisiti richiesti per il suo accoglimento ciò precluderà in radice che si faccia questione dell'esistenza di segreti tecnici e commerciali; se invece l'istanza sarà favorevolmente valutata e non dovessero sussistere segreti tecnici o commerciali, non sarà necessario valutare la sussistenza di esigenze di difesa in capo all'istante; se invece, dovessero essere valutate favorevolmente l'istanza di accesso e la “motivata e comprovata dichiarazione” del controinteressato fondata sulla sussistenza di segreti tecnici o commerciali (sulla quale si richiama, Cons. Stato, Sez. V 31 marzo 2021, n. 2714), l'amministrazione sarà chiamata ad operare un bilanciamento fra le contrapposte esigenze, dovendo giudicare l'effettiva sussistenza del nesso di strumentalità (Cons. Stato, n. 369 del 2022) o del “collegamento necessario fra la*

documentazione richiesta e le proprie difese” (Cons. Stato, ord. n. 787 del 2023)” (TAR Umbria, 17 maggio 2024, n. 359).

14. Nel presente giudizio, è stato sostenuto dalla parte controinteressata che le istanze della ricorrente sarebbero generiche quanto all’esposizione dell’interesse all’accesso. Si è, quindi, inteso affermare – richiamando proprio la sentenza del Consiglio di Stato n. 4599 del 2023 e la pronuncia di questo Tribunale n. 359 del 2024 – che, nel caso in esame, la valutazione della richiesta di ostensione documentale dovrebbe arrestarsi sulla soglia del mancato soddisfacimento dell’onere di specificazione del collegamento tra la documentazione richiesta e l’interesse azionato, ossia alla prima delle tre fasi sopra indicate.

La tesi, tuttavia, non convince.

14.1. Come si è detto, nella richiesta del 27 giugno 2024, l’Associazione San Martino, alla luce del minor punteggio conseguito dalla propria offerta, ha rappresentato il proprio l’interesse a prendere visione di una serie di documenti, tra i quali – per quanto qui rileva – l’offerta tecnica della prima graduata, al fine di comprendere le ragioni dei punteggi attribuiti e di poter esercitare al riguardo il proprio diritto alla difesa.

Si tratta di un’indicazione precisa e che esprime “(...) *un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l’accesso*”, secondo la formulazione utilizzata dall’articolo 22, comma 1, lett. *b*), della legge 8 agosto 1990, n. 241; interesse nella specie consistente nell’esercizio del diritto di difesa della richiedente. Né, d’altro canto, l’istanza avrebbe potuto essere formulata in termini più specifici, proprio perché non era noto alla parte il contenuto dell’offerta avversaria.

14.2. L’interesse all’accesso è stato, quindi, espresso dalla ricorrente in modo adeguato, tenuto conto del fatto che “*In linea di principio un’impresa che ha partecipato alla gara ha ... diritto di accedere a tutti gli atti che incidono in modo diretto ed immediato sul suo interesse all’aggiudicazione*” (Cons. Stato, Sez. V, n. 8332 del 2023, cit., che richiama Id., ord. 9 aprile 2019, n. 2331).

In questo senso, del resto, si è espresso anche il legislatore, atteso che la disciplina delineata dall'articolo 36 del decreto legislativo n. 36 del 2023 – applicabile alla gara, anche se, come detto, in concreto non seguita quanto agli aspetti procedurali – prevede che l'offerta dell'operatore economico aggiudicatario sia messa a disposizione di tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi, senza che sia neppure necessaria un'apposita richiesta. L'istanza della ricorrente era, perciò, di per sé idonea a superare positivamente la prima delle tre fasi valutative sopra previste, e come tale è stata effettivamente valutata dalla Stazione appaltante, che non ha negato in radice l'accesso, ma lo ha invece consentito, consegnando, tuttavia, alla richiedente documentazione da questa ritenuta non soddisfattiva.

15. Le fasi valutative dell'istanza di accesso che hanno determinato l'insorgere della presente controversia e sulle quali si appuntano le contestazioni della ricorrente sono, invece, le altre due sopra ricordate.

La Stazione appaltante ha, infatti, ritenuto che l'offerta tecnica dell'aggiudicatario contenesse “*segreti tecnici o commerciali?*” e che le esigenze di tutela del *know how* dell'operatore dovessero ritenersi prevalenti rispetto alle contrapposte esigenze difensive manifestate dalla ricorrente.

16. Occorre, quindi, stabilire anzitutto se, nel caso in esame, sussistessero effettivamente “*segreti tecnici o commerciali?*”.

16.1. Al riguardo, deve tenersi presente che una definizione di “*segreto commerciale?*” è rinvenibile all'articolo 98, comma 1, del decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30 (“*Codice della proprietà industriale?*”), come sostituito dall'articolo 3, comma 2, del decreto legislativo 11 maggio 2018, n. 63, che – in recepimento delle previsioni dell'articolo 2, n. 1, della direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 2016/943/UE dell'8 giugno 2016 – stabilisce quanto segue: “*Costituiscono oggetto di tutela i segreti commerciali. Per segreti commerciali si intendono le informazioni aziendali e le esperienze tecnico-industriali, 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”.

16.2. Secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza, nell’ambito delle procedure di evidenza pubblica, l’esclusione dall’accesso riferita ai segreti tecnici o commerciali va intesa come attinente a “(...) quella parte dell’offerta tecnica che riguarda specifiche e riservate capacità tecnico-industriali o commerciali dell’impresa partecipante (know how), vale a dire l’insieme del saper fare e delle competenze ed esperienze, originali e tendenzialmente riservate, maturate ed acquisite nell’esercizio professionale dell’attività, che concorre a definire e qualificare la specifica competitività dell’impresa nel mercato aperto alla concorrenza” (Cons. Stato, Sez. V, 8832 del 2023, cit.). Al riguardo, è stato rimarcato che tali previsioni richiedono “(...) 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 (cfr. Corte di Giustizia dell’Unione Europea, IV, sentenza 17 novembre 2022, causa C-54/21; Consiglio di Stato, III, 16 febbraio 2021, n. 1437; anche, T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 23 gennaio 2023, n. 203; IV, 8 febbraio 2022, n. 290; I, 24 gennaio 2022, n. 145 TAR Piemonte, sez. II, n. 726/2024)” (TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 14 ottobre 2024, n. 2668).

In questa prospettiva, “Il limite alla ostensibilità a quella parte dell’offerta relativa ai segreti tecnici e commerciali è poi espressamente subordinato all’allegazione di “motivata e comprovata dichiarazione”, mediante la quale si dimostri l’effettiva sussistenza di un segreto industriale o commerciale meritevole di salvaguardia (cfr. Cons. Stato, III, 11 ottobre 2017, n. 4724), fermo restando peraltro l’onere della amministrazione di valutare motivatamente le argomentazioni offerte ai fini dell’apprezzamento dell’effettiva rilevanza per l’operatività del regime di segretezza (cfr. Cons. Stato, V, n. 64/20 cit.; negli stessi

termini, si veda anche Cons. Stato, Sez. V 31 marzo 2021, n. 2714; Consiglio di Stato, Sezione III, cit., 1° agosto 2022, n. 6750). La legge, infatti, non pone una regola di esclusione basata su una presunzione assoluta valevole ex ante, ma impone una valutazione in concreto dei motivi addotti a difesa del segreto, per modo che non venga ad essere sempre sacrificato il diritto di accesso del concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di selezione” (Cons. Stato, Sez. V, n. 8832 del 2023, cit.).

In coerenza con questa impostazione, “(...) le esigenze di segretezza tecnica o commerciale sono meritevoli di tutela solo per le singole informazioni - da oscurare - sottoposte a tutela industriale o commerciale, che siano puntualmente e motivatamente indicate dall'impresa controinteressata e valutate dall'amministrazione, in modo adeguatamente motivato e sulla base di un'idonea istruttoria” (Cons. Stato, Sez. V, n. 8832 del 2023, cit.).

16.3. Nel caso oggetto della presente controversia, il RTI controinteressato, nella nota con la quale ha manifestato l'opposizione all'accesso dell'Associazione San Martino, ha affermato che l'intero elaborato del progetto tecnico sarebbe “(...) espressione di una metodologia di ascolto e accoglienza assolutamente specifica, originale e innovativa elaborata dalle scriventi nel corso della loro pluriennale esperienza e frutto di puntuali attività di ricerca e sviluppo svolte dalle stesse” e che tale originale metodologia rivestirebbe “(...) uno specifico valore, anche economico, proprio in quanto segreta”.

Al fine di supportare questa affermazione, l'operatore ha, poi, allegato che:

- “(...) un'impostazione specifica e originale caratterizza la descrizione degli interventi offerti, le modalità di realizzazione e di gestione del servizio, le proposte di attività di prevenzione degli stereotipi di genere e sensibilizzazione e gli strumenti e le modalità di autovalutazione”;
- “Nel progetto tecnico vi sono, inoltre, numerose proposte originali di prestazioni e servizi integrativi, (...) il cui valore aggiunto – consistente nell'idea di possibile servizio da offrire e nella sua impostazione e organizzazione – verrebbe evidentemente vanificato ove la natura di tali servizi venisse rivelata ad un altro operatore (...)”;

- *“Anche le parti dell’offerta che ineriscono alla rete territoriale e i relativi protocolli con altri soggetti istituzionali, del terzo settore e privati esprimono un’attività di costruzione di relazioni che le scriventi hanno saputo coltivare negli anni di intervento nel territorio (...) anche in questo caso rivelare i soggetti con cui sono stati stipulati i partenariati e il loro contenuto – ove rivelatore delle originali attività offerte – vanificherebbe del tutto il vantaggio competitivo di Be Free e di Liberamente Donna con riferimento a tale voce”;*

- *“Analogamente, le formule organizzative e la formazione specifica delle figure impiegate che emergono dall’offerta tecnica e dai CV allegati sono il frutto di scelte organizzative e metodologiche caratterizzate da originalità e in grado di differenziare il valore del servizio offerto, evidenziando il know how e i processi organizzativi riservati sottostanti, la cui conoscenza potrebbe indebitamente beneficiare la richiedente anche nella partecipazione a future procedure, a danno di Be Free e/o di Liberamente Donna”.*

A fronte dell’opposizione così formulata, l’Amministrazione non ha espresso alcuna autonoma valutazione, ma si è limitata a rendere accessibile l’offerta tecnica del RTI Be Free nella versione trasmessale dal medesimo operatore, ossia pressoché totalmente oscurata.

Nell’ambito del documento dell’offerta, lungo complessivamente 38 pagine, sono stati infatti resi visibili soltanto:

- l’indice dei paragrafi;
- una porzione iniziale, lunga poco più di una pagina, del primo paragrafo, dedicato alla *“Coerenza, completezza e fattibilità del progetto nel suo insieme - capacità di attivazione della Rete dei Servizi”*, con oscuramento delle ulteriori nove pagine e mezzo circa del medesimo paragrafo;
- le rubriche dei successivi paragrafi e delle relative sezioni interne;
- i dati, riportati in un’apposita tabella, relativi ai titoli di studio e agli anni di esperienza delle figure professionali impiegate, con oscuramento, oltre che delle generalità, anche dei dati relativi al ruolo e alla formazione specifica di ciascun professionista;
- una tabella contenente l’indicazione dell’incremento del numero dei posti disponibili per ciascuna struttura residenziale a fronte dello standard minimo

richiesto.

16.4. Ritiene il Collegio che non sia stata dimostrata l'attinenza dei dati oscurati a “*segreti tecnici o commerciali*”.

Deve considerarsi anzitutto che l'appalto oggetto di controversia riguarda il “*sistema integrato dei servizi di contrasto alla violenza di genere*”, ossia prestazioni che devono essere rese nei confronti del pubblico e le cui modalità organizzative sono, quindi, destinate a essere conosciute dall'utenza. Risulta, pertanto, difficilmente ipotizzabile che, con riguardo a un servizio di questa natura, siano configurabili “*segreti tecnici o commerciali*”, nell'accezione sopra richiamata, né a diverse conclusioni può indurre la circostanza – del tutto estranea al presente giudizio – che la ricorrente si fosse a sua volta opposta all'ostensione della propria offerta.

D'altro canto, le ragioni pur diffusamente esposte dal RTI Be Free a sostegno dell'opposizione all'accesso alla propria offerta tecnica non sono state debitamente vagliate dall'Amministrazione, che si è limitata a recepirle acriticamente *in toto*, senza alcuna motivazione.

Tali allegazioni non sono comunque idonee a comprovare che, nel caso di specie, sussistessero effettivamente “*segreti tecnici o commerciali*”, e ciò in quanto l'operatore non ha dimostrato, producendo dati o elementi tecnici specifici, la sussistenza tali segreti, ma si è limitato ad affermazioni generiche e apodittiche e, per di più, riferite indiscriminatamente al contenuto pressoché totale della propria offerta.

Come detto, tuttavia, non possono essere considerati segreti, in linea di principio e in assenza di specifici elementi di prova, i dati attinenti all'organizzazione di un servizio destinato al pubblico, alle “*proposte originali di prestazioni e servizi integrativi*”, alle collaborazioni con altri soggetti istituzionali o privati e alle modalità di impiego e la formazione specifica del personale, trattandosi di informazioni potenzialmente destinate a essere conosciute dall'utenza e presumibilmente accessibili in larga misura anche da parte di qualsivoglia interessato a conoscere le modalità di erogazione del servizio. È,

infatti, agli specifici caratteri di cui all'articolo 98 del Codice della proprietà industriale che la dichiarazione "*motivata e comprovata*" circa l'esistenza di un "*segreto commerciale*" deve fare riferimento, non potendo, viceversa, l'operatore limitarsi a una mera e indimostrata affermazione tesa a ricomprendere certe informazioni nel patrimonio aziendale o nella peculiarità dell'offerta (cfr. TAR Lombardia, Milano, n. 2668 del 2024, cit.).

16.5. Non essendo provata la presenza di "*segreti tecnici o commerciali*" dell'aggiudicatario, la domanda di accesso della ricorrente si rivela, pertanto, fondata.

17. Deve, peraltro, aggiungersi che, anche laddove tali segreti fossero ritenuti effettivamente riscontrabili, l'istanza della ricorrente supererebbe comunque anche il filtro della terza fase valutativa sopra indicata, ossia quello della stretta indispensabilità dell'ostensione integrale dell'offerta tecnica ai fini della difesa in giudizio.

A fronte di un'offerta quasi completamente oscurata, infatti, la parte non era in condizione di motivare in termini più stringenti l'esigenza di conoscere i dati non ostesi, non potendo l'operatore supporre, allo stato, quali elementi siano contenuti nelle consistenti parti di offerta non conosciute e, conseguentemente, nemmeno quali censure potrebbero essere articolate, sulla base di tali informazioni, in un eventuale futuro giudizio.

18. In definitiva, per le ragioni sin qui esposte, il ricorso deve essere accolto.

Per l'effetto, deve essere accertata l'illegittimità del diniego parziale di accesso impugnato e, conseguentemente, deve ordinarsi al Comune di Terni di mettere a disposizione della ricorrente, entro il termine di dieci giorni dalla comunicazione o dalla notificazione della presente sentenza, l'offerta tecnica dell'operatore aggiudicatario, corredata di tutti i relativi allegati, con oscuramento dei soli nominativi delle persone fisiche ivi menzionate.

Rimane, quindi, assorbita la richiesta subordinata di ordinare l'ostensione integrale delle parti della medesima offerta tecnica relative al progetto e agli elementi migliorativi del servizio.

19. Le spese del giudizio vanno poste a carico del Comune di Terni e liquidate come da dispositivo. Va, invece, disposta la compensazione delle spese nei confronti della parte controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Condanna il Comune di Terni al pagamento, in favore della ricorrente, delle spese del presente giudizio, che si liquidano nell'importo di euro 2.000,00 (duemila/00), oltre oneri per spese generali nella misura del 15 per cento, IVA e CPA. Compensa le spese nei confronti della parte controinteressata.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 5 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Pierfrancesco Ungari, Presidente

Floriana Venera Di Mauro, Consigliere, Estensore

Daniela Carrarelli, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Floriana Venera Di Mauro

IL PRESIDENTE
Pierfrancesco Ungari

IL SEGRETARIO