

Sul diniego all'accesso per segreti tecnici o commerciali e sul principio di rotazione in caso di procedura di gara aperta.

di Nicola Alessandro Lisco

Data di pubblicazione: 15-1-2022

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 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.

Il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti previsto dall'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 per l'affidamento di lavori, servizi e forniture di importi inferiori alle soglie comunitarie (di cui all'art. 35), non trova applicazione nel caso in cui la stazione appaltante abbia indetto una procedura di gara aperta.

Guida alla lettura

1. La vicenda che occupa trae origine dalla pubblicazione di un bando di gara, a cura di un Ente locale, con cui si invitavano gli operatori economici interessati a manifestare l'interesse a partecipare alla procedura negoziata per l'affidamento in concessione del "servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità post sinistro mediante pulitura ed eventuale manutenzione della piattaforma stradale e delle sue pertinenze".

In sintesi, la Stazione appaltante specificava ai concorrenti di presentare nella busta relativa all'offerta tecnica una "relazione tecnica" del servizio offerto, mentre nella busta di cui all'offerta economica, oltre al resto, un documento nominato "piano economico finanziario".

Concluse le operazioni di gara e individuato l'aggiudicatario, il secondo classificato proponeva istanza di accesso al fine di ottenere la manifestazione di interesse del primo, la sua documentazione amministrativa, il contenuto delle buste proposte, nonché i verbali di gara della Commissione giudicatrice.

Così, il medesimo impugnava, dinanzi al T.a.r., il provvedimento di aggiudicazione della gara, nonché la nota di trasmissione solo parziale dei su citati documenti richiesti; con **sentenza n. 105/2021**, la **Sez. II del T.a.r. Emilia Romagna di Bologna** respingeva integralmente il ricorso proposto e lo condannava al pagamento delle spese di lite.

Sicché, il secondo classificato proponeva appello al Consiglio di Stato censurando la sentenza di primo grado, per quel che qui interessa, sul **diniego all'accesso** ai dati tecnici dell'aggiudicataria, nonché sulla ritenuta inapplicabilità alla fattispecie del **principio di rotazione** degli affidamenti.

2. Or, com'è noto, l'art. 53, comma 5, lett. a), d.lgs. n. 50/2016 statuisce: “ ... sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione: a) 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**”.

Tale disposizione è stata interpretata dalla giurisprudenza nel senso di ritenere **precluse all'accesso** del concorrente alla gara quelle 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, al fine di tutelare la segretezza di dati aventi valore concorrenziale, non potendo ritenersi che la partecipazione ad una gara implichi una scelta (o un'accettazione del rischio) nel senso della loro eventuale divulgazione.

D'altronde qualsiasi organizzazione imprenditoriale acquisisce e sviluppa uno specifico *know how* e al contempo cerca di imprimere specifiche caratteristiche alla prestazione fornita, anche per differenziarsi dai *competitors*.

Tuttavia, al contempo, nel richiedere che la natura segreta delle informazioni sia **motivata e comprovata**, il legislatore vuole impedire la proposizione di opposizioni all'accesso pretestuose, che abbiano il solo fine di ostacolare, attraverso la sottrazione di dati della procedura alla conoscenza di altri concorrenti, la loro difesa in giudizio.

Ebbene, in ispecie è avvenuto che la Stazione appaltante aveva negato al secondo in classifica la completa ostensione dei documenti richiesti, in particolare i dati della relazione tecnica dell'aggiudicatario, in quanto ritenuti segreti tecnici e commerciali; in ogni caso, li aveva ritenuti superflui poiché l'istante, con quanto a sua conoscenza, era comunque riuscito a criticare la qualità del servizio e, d'altra parte, non aveva fornito prova della loro utilità ai fini difensivi.

Epperò, come ricordato dalla sentenza in commento, tale ultimo ragionamento contrasta con quanto statuito dall'**Adunanza plenaria 18.3.2021, n. 4** la quale ha precisato 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 ... 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 ... Un diverso ragionamento reintrodurrebbe nella disciplina dell'accesso difensivo e, soprattutto, nella sua pratica applicazione limiti e preclusioni che, invece, non sono contemplati dalla legge, la quale ha già previsto, come si è detto, adeguati criteri per valutare la situazione legittimante all'accesso difensivo e per effettuare il bilanciamento tra gli interessi contrapposti all'ostensione del documento o alla riservatezza”.*

In ogni caso, con riferimento ai dati richiesti, il Supremo Consesso ha rilevato che essi non erano riconducibili a quelli oggetto di tutela *ex art. 53 dlgs. cit.*, indi non sottraibili all'accesso, in quanto non presentavano: *“una organizzazione d'impresa esclusiva né peculiari informazioni tecniche per lo svolgimento del servizio, ma solamente le modalità oggettive dell'impegno promesso dal concorrente alla stazione appaltante nella sua offerta”*.

Ragion per cui, ha condannato la Stazione appaltante all'immediata ostensione della relazione tecnica in parola completa delle parti oscurate in occasione del primo parziale accesso.

2. Sul profilo inerente l'applicazione del **principio di rotazione** degli affidamenti nelle procedure a evidenza pubblica v'è da rilevare che l'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 prevede che: *“L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'[articolo 35](#) avvengono nel rispetto ... del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese ... ”*.

Tale norma, imponendo alle Stazioni appaltanti l'affidamento dei contratti d'appalto sottosoglia nel rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, ha come obiettivo quello di evitare la formazione di **rendite di posizione** e di perseguire l'effettiva concorrenza tra i partecipanti alla gara, poiché in tale modo si consente la turnazione tra diversi operatori nella realizzazione del servizio, permettendo all'Amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio.

In quest'ottica, non è casuale la scelta del legislatore di imporre il rispetto del principio della rotazione già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara, in quanto così si evita che il gestore uscente, forte della conoscenza della strutturazione del servizio da espletare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici pur se anche essi chiamati dalla Stazione appaltante a presentare offerta (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 15.12.2020, n.8030; T.a.r. Lombardia, Milano, Sez. II, 6.4.2021, n. 881).

Ciò posto, nella vicenda che ci occupa l'Ente locale aveva aggiudicato il servizio al gestore uscente all'esito di una procedura negoziata, sicché il secondo in classifica aveva dedotto la violazione dell'art. 36 d.lgs. *cit.*.

Sta di fatto che, il primo Giudice, come quello d'appello, ha ritenuto la procedura indetta una procedura aperta al mercato in quanto la S.a. aveva invitato gli operatori economici a presentare manifestazioni di interesse senza dar luogo a una selezione preventiva degli ammessi alla gara; a comprova, tutti gli o.e. manifestanti l'interesse a partecipare erano stati ammessi.

Così, in tali occasioni, la giurisprudenza è granitica nel ritenere che: *“Nelle procedure negoziate il principio di rotazione è inapplicabile, quando, nel solo caso in cui la stazione appaltante decida di selezionare l'operatore economico attraverso una **procedura aperta** che non preveda una **preventiva limitazione** dei partecipanti attraverso inviti”* (Cons. Stato, Sez. V, 27.4.2020, n.2655).

A tale indirizzo s'è deciso di aderire con la presente sentenza, peraltro trattata dalla medesima sezione di cui al su trascritto *dictum*, che ha statuito: “... *il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti previsto ... per l'affidamento di lavori, servizi e forniture di importi inferiori alle soglie comunitarie ... non trova applicazione nel caso in cui la stazione appaltante abbia indetto una procedura di gara aperta (e, dunque, trova applicazione solo in caso di procedure negoziate; cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 2021, n. 3999) ... per procedure di gare aperte vanno intese tutte le procedure in cui la stazione appaltante, per le modalità di raccolta delle offerte utilizzate (e, dunque anche se siano avviate indagini di mercato o consultazione di elenchi), non abbia in alcun modo limitato il numero degli operatori economici partecipanti*”.

3. In ragione di tanto, il Giudice di appello ha ritenuto infondato il predetto motivo ma ha accolto il gravame a fronte delle censure (qui non analizzate) mosse sulla conformità dell'offerta dell'aggiudicatario; sicché ha annullato il provvedimento di aggiudicazione, ordinato alla S.a. di rivalutare l'offerta del primo in classifica e dichiarato inefficace il contratto frattanto sottoscritto.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 2259 del 2021, proposto da Sicurezza e Ambiente s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Clarizia, Alfonso Erra e Andrea Napolitano, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Paolo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

Comune di Modena, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Stefano Maini, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

nei confronti

Zini Elio s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Stefanelli, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna – Sede di Bologna (Sezione II) n. 105/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Modena e di Zini Elio s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 ottobre 2021 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Leonardo, in sostituzione dell'avv. Paolo Clarizia, Alfonso Erra, Andrea Stefanelli e, su delega dell'avv. Stefano Maini, Giuffré;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con avviso pubblicato sul proprio sito internet e sulla piattaforma SATER il Comune di Modena invitava gli operatori economici interessati a trasmettere proprie manifestazioni di interesse alla partecipazione alla procedura negoziata per l'affidamento in concessione del *“servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità post sinistro mediante pulitura ed eventuale manutenzione della piattaforma stradale e delle sue pertinenze”*.

1.1. Dopo aver ammesso con verbale del 13 settembre 2019 prot. n. 273147 tutte le imprese che avevano manifestato interesse, con lettera di invito del 27 settembre 2019 prot. 294919 il Comune di Modena richiedeva loro di formulare un'offerta nei termini indicati.

In particolare, era specificato che i concorrenti avrebbero dovuto inserire in un'unica busta denominata *“offerta tecnica”* una *“relazione tecnica del servizio offerto che illustri gli elementi di valutazione secondo la griglia di valutazione riportata alla sezione V della presente lettera d'invito e quindi suddivisi per i seguenti argomenti: A capacità dell'azienda (quantitativo); B capacità dell'azienda (qualitativo); C procedure operative; D servizi ulteriori”*; i concorrenti avrebbero dovuto, poi, presentare una ulteriore busta denominata *“offerta economica”* nella quale era richiesto loro di indicare *“A) ribasso percentuale offerto globalmente riferito a tutte le tariffe di cui alla tabella di seguito riportata”*. Seguiva una tabella in cui, alla voce *“Tariffe degli interventi in € Iva compresa”* erano distinte la *“tariffa fino a 40 mq”*, la *“tariffa al mq da 41 a 300 mq (oltre alla tariffa di cui al rigo precedente)”* e la *“tariffa al mq da 301 mq (oltre alle tariffe di cui ai rigi precedenti)”*, per ognuna delle quali poi si distingueva ulteriormente in caso di operazione *“senza aspirazione di liquid”* e *“con aspirazione di liquid”* (e, così, per la prima si prevedeva € 600 per il primo caso ed € 1000 per il secondo caso, per la seconda € 6 ed € 21, e infine per la terza era previsto rispettivamente € 5 e € 10 per ognuno dei due casi).

Nella *“offerta economica”* i concorrenti erano tenuti a presentare anche un *“b) piano economico finanziario (PEF) che dia evidenza della sostenibilità dell'ipotesi di gestione”*.

La stazione appaltante, infine, metteva a disposizione dei concorrenti un prospetto economico che aveva predisposto al fine di calcolare il valore complessivo della concessione e così consentire loro di elaborare il proprio PEF; ai fini che interessano al presente giudizio va rilevato che nel predetto schema alla voce “Descrizione ricavi” nei tre anni di durata della concessione erano previsti “Ricavi da risarcimento danni liquidato da Compagnie assicurative del responsabile civile” pari ad € 600.000,00 e costi complessivi per € 465.750,00.

1.2. All’esito delle operazioni di gara, il Comune di Modena aggiudicava la concessione alla Zini Elio s.r.l.; seconda graduata era Sicurezza e Ambiente s.r.l..

Quest’ultima, con istanza di accesso del 17 giugno 2020, domandava alla stazione appaltante copia “della manifestazione di interesse presentata da Zini Elio in risposta all’Avviso pubblico del 25/7/2019; del verbale n. 273147/2019 del Settore Polizia Municipale richiamato nella Determinazione 19991/2019 del 27/09/2019; della documentazione amministrativa prodotta in sede di gara dalla aggiudicataria Zini Elio s.r.l.; della relazione tecnica e dei relativi allegati prodotti dalla ditta aggiudicataria de qua; del contenuto della busta Offerta Economica completa di ribasso percentuale PEF, stima dei costi della manodopera e stima costi aziendali relativi alla salute e alla sicurezza sui luoghi di lavoro prodotta dall’aggiudicataria; di tutti i verbali di gara redatti dalla Commissione giudicatrice”.

Il Comune di Modena concedeva l’accesso richiesto con nota del 21 settembre 2020; l’offerta tecnica presentava dei punti oscurati.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per l’Emilia Romagna Sicurezza e Ambiente s.r.l. impugnava unitamente al provvedimento di aggiudicazione della procedura di gara a Zini Elio s.r.l. anche la nota del 21 settembre 2020 con la quale le era stato concesso l’accesso ai documenti richiesti solo in maniera parziale.

Il ricorso era articolato in due gruppi di motivi; in particolare un primo gruppo di motivi era riferito al provvedimento di aggiudicazione, che la ricorrente diceva illegittimo per:

- mancato rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti di cui all’art. 35, comma 1, lett. a) d.lgs. n. 50 del 2016, avendo il Comune affidato il servizio allo stesso gestore uscente, senza indicazione negli atti di gara delle ragioni della deroga;

- erronea compilazione dell’offerta economica, avendo l’aggiudicataria inserito nel campo relativo al “ribasso offerto” un ribasso percentuale pari al 70%, calcolato non sull’intero importo a base di gara come richiesto dalla lettera di invito, ma su di una porzione di esso che aveva individuato nel 40% del valore previsto dalla concessione, erroneamente presumendo che le tariffe poste a base di gara si riferissero esclusivamente ad attività di pulizia e che queste valessero il 40% di tutte le attività richieste al concessionario;

ulteriori motivi erano diretti avverso l’intera procedura di gara; infine, con riguardo all’accesso, la ricorrente insisteva per avere visione dell’offerta tecnica dell’aggiudicataria nella versione integrale senza parti oscurate.

2.1. Si costituivano in giudizio il Comune di Modena e la Zini Elio s.r.l. che concludevano per il rigetto del ricorso; il giudice di primo grado, con la sentenza della sezione seconda, 9 febbraio 2021, n. 105, rigettava integralmente il ricorso condannando la ricorrente al pagamento delle spese di lite.

Il tribunale:

- negava l'accesso alla versione integrale della relazione tecnica della controinteressata perché: a) la stazione appaltante aveva correttamente richiesto all'aggiudicataria di circoscrivere motivatamente le parti dell'offerta contenenti segreti tecnici e commerciali per rilasciare copia alla ricorrente; b) inoltre aveva applicato lo stesso trattamento alle due società, non avendo consentito alla Elio Zini s.r.l. di accedere alla versione integrale della relazione tecnica di Sicurezza e Ambiente s.r.l.; c) la ricorrente non aveva dato prova (concreta e non ipotetica) di essere stata pregiudicata dalla mancata visione delle parti dell'offerta tecnica altrui oscurate, avendo, anzi, potuto accedere alle parti necessarie alla verifica della qualità del servizio offerto, mentre non risultava decisiva la conoscenza degli ulteriori elementi contenuti nelle pagine oscurate, come dimostrato peraltro dal contenuto stesso del ricorso; d) la controinteressata aveva dimostrato la presenza nella relazione posta a disposizione della ricorrente di molte delle informazioni pretese e, d'altra parte, che le restanti informazioni erano superflue;

- respingeva il primo motivo per inapplicabilità del principio di rotazione considerata la natura della procedura espletata dal Comune di Modena, che era una procedura "aperta" in quanto rivolta a tutti gli operatori economici del mercato di riferimento e non "ristretta", e in ragione dell'orientamento giurisprudenziale, cui dichiarava di aderire, per il quale, nel caso di procedura aperta, non v'è ragione di applicare il principio di rotazione poiché l'amministrazione utilizza strumenti di impulso al mercato che sono idonei già di per sé a garantire il confronto concorrenziale;

- riteneva infondato anche il secondo motivo di ricorso perché l'aggiudicataria, nell'indicare la percentuale (del 70%) di ribasso offerto, aveva correttamente fatto riferimento quale base di calcolo alle tariffe esposte nel paragrafo "*Contenuto della busta economica*" così corrispondendo pienamente alle richieste della lettera di invito.

Anche le censure rivolte a dire illegittima l'intera gara erano ritenute infondate e respinte.

3. Propone appello Sicurezza e Ambiente s.r.l.; si sono costituiti il Comune di Modena e Zini Elio s.r.l..

Le parti hanno depositato memorie ex art. 73, comma 1, cod. proc. amm., cui sono seguite rituali repliche.

All'udienza del 21 ottobre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di appello Sicurezza e Ambiente s.r.l. critica la sentenza di primo grado per averle negato l'accesso ai dati della relazione tecnica dell'aggiudicataria oscurati dalla stazione appaltante al momento dell'accesso agli atti di gara.

Precisato che era suo interesse conoscere, in particolare, l'ubicazione, denominazione e consistenza dei CLO, nonché gli elementi identificativi dei veicoli che sarebbero stati utilizzati per lo svolgimento del servizio, sostiene che tali dati non possano essere considerati segreti tecnici o commerciali, anche alla luce della giurisprudenza del Consiglio di Stato formatasi in casi simili tra le stesse parti.

Aggiunge che per dire accessibili gli atti non aveva alcun rilievo la circostanza che la stazione appaltante avesse trattato in maniera identica i concorrenti: le loro posizioni erano incomparabili non avendo Zini Elio s.r.l. proposto ricorso incidentale e, dunque, non avendo manifestato esigenze difensive.

Da ultimo, ribadisce che i dati che i giudici di primo grado avevano reputato superflui (come ad esempio *"il numero di targa e libretto di immatricolazione"* dei veicoli) erano, in realtà, indispensabili per finalità difensive (in particolare, per contestare l'affidabilità dell'offerta qualora l'aggiudicatario avesse promesso gli stessi veicoli a più stazioni appaltanti ovvero avesse promesso l'impiego di mezzi inadeguati, per carenza dei requisiti tecnici, allo svolgimento del servizio).

1.1. Il motivo è fondato: la sentenza di primo grado va riformata sul punto.

1.1.1. Come rammentato dall'appellante la questione è già stata affrontata dalla Sezione in una precedente pronuncia intervenuta tra le stesse parti, la sentenza del 22 febbraio 2021, n. 1529, in cui si è chiarito che le informazioni oscurate (nel caso di specie, si volevano conoscere *"gli esatti indirizzi postali degli undici Centri Logistici Operativi messi a disposizione dell'aggiudicatario per lo svolgimento della concessione, nonché i titoli abilitativi e/o i contratti giustificativi di tali Centri, le targhe ed i libretti di circolazione degli undici veicoli polifunzionali adibiti a tal fine"*) non costituivano una *"particolare metodologia operativa (o più in generale, ...un insieme di conoscenze ed abilità operative specifiche necessarie per svolgere una determinata attività lavorativa), ma solo ... dati oggettivi e fattuali essenziali e pertinenti rispetto all'oggetto dell'affidamento"*.

La conclusione va qui ribadita visto che la domanda di accesso era sostanzialmente finalizzata alla conoscenza dei medesimi dati: non si tratta di segreti tecnici o commerciali perché non v'è descritta una organizzazione d'impresa esclusiva né peculiari informazioni tecniche per lo svolgimento del servizio, ma solamente le modalità oggettive dell'impegno promesso dal concorrente alla stazione appaltante nella sua offerta.

1.1.2. In realtà, la ragione per la quale il tribunale ha negato l'accesso ai dati oscurati, più che la loro qualificazione come segreti tecnici o commerciali – utile solo a dire corretto l'operato della stazione appaltante che sul punto s'era conformata all'opposizione della controinteressata – era la loro superfluità ai fini difensivi, dimostrata dal fatto che con quanto a sua conoscenza dell'altrui offerta la ricorrente era riuscita ad articolare motivi di ricorso volti a

criticare la qualità del servizio, e non aveva, d'altra parte, fornito prova della loro effettiva utilità a fini difensivi.

Il ragionamento contrasta, però, con quanto affermato da tempo dalla giurisprudenza amministrativa e da ultimo precisato dall'Adunanza plenaria nella sentenza 18 marzo 2021, n. 4 (al par. 20.1) secondo cui: *“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 ... 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.”*.

Si tratta di principio di carattere generale, valido anche in caso di accesso agli atti di gara per il rinvio dell’art. 53, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 alla disciplina di cui all’art. 22 e seguenti della legge n. 241 del 1990, onde si può aggiungere, con le parole dell’Adunanza plenaria citata, che: *“Un diverso ragionamento reintrodurrebbe nella disciplina dell’accesso difensivo e, soprattutto, nella sua pratica applicazione limiti e preclusioni che, invece, non sono contemplati dalla legge, la quale ha già previsto, come si è detto, adeguati criteri per valutare la situazione legittimante all’accesso difensivo e per effettuare il bilanciamento tra gli interessi contrapposti all’ostensione del documento o alla riservatezza”*.

1.1.3. La riforma del capo della sentenza di reiezione dell’istanza di accesso non comporta rimessione della causa al giudice di primo grado ex art. 105, comma 1, cod. proc. amm. per lesione del diritto di difesa, in quanto, come chiarito dall’Adunanza plenaria nella sentenza 30 luglio 2018, n. 10, *“La violazione del diritto di difesa ... avviene nel giudizio – procedimento, dove la parte non ha potuto difendersi; l’errore si annida nella procedura e non nel contenuto della sentenza: il diritto di difesa, quindi, è leso nel giudizio e non dal giudizio”*, e, d'altra parte, l’art. 116, comma 5, cod. proc. amm. prevede che: *“Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche ai giudizi di impugnazione”*.

Il Comune di Modena va, dunque, condannato all’ostensione della Relazione tecnica della Zini Elio s.r.l. nella versione integrale, completa, cioè, delle parti oscurate in relazione ai dati di interesse dell’appellante.

2. Con il secondo motivo di appello Sicurezza e Ambiente s.r.l. si duole che il giudice di primo grado abbia ritenuto inapplicabile il principio di rotazione degli affidamenti per essere la procedura indetta dal Comune di Modena una procedura aperta al mercato; a suo dire non lo era perché non era stata sufficiente pubblicizzata, considerato che l’avviso di indagine di mercato non era stato pubblicato sulla piattaforma digitale istituita presso l’A.n.a.c. come previsto dall’art. 36, comma 9, del codice dei contratti pubblici per gli appalti sotto soglia, né *“per estratto su almeno uno dei principali quotidiani a diffusione nazionale e su almeno uno a maggiore diffusione locale”* come richiesto dall’art. 3 d.m. 2 dicembre 2016 per le concessioni come quella in affidamento.

2.1. Il motivo è infondato.

2.1.1. La giurisprudenza ha da tempo affermato che il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti previsto dall'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 per l'affidamento di lavori, servizi e forniture di importi inferiori alle soglie comunitarie (di cui all'art. 35), non trova applicazione nel caso in cui la stazione appaltante abbia indetto una procedura di gara aperta (e, dunque, trova applicazione solo in caso di procedure negoziate; cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 2021, n. 3999).

Si è poi ulteriormente precisato che per procedure di gare aperte vanno intese tutte le procedure in cui la stazione appaltante, per le modalità di raccolta delle offerte utilizzate (e, dunque anche se siano avviate indagini di mercato o consultazione di elenchi), non abbia in alcun modo limitato il numero degli operatori economici partecipanti (in tal senso cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2020, n. 7462; V, 13 ottobre 2020, n. 6168; VI, 20 luglio 2020, n. 4629).

2.1.2. Alla luce degli orientamenti descritti, cui il Collegio aderisce, la procedura in esame va senza meno qualificata come procedura aperta per aver il Comune di Modena, con avviso pubblico, invitato tutti gli operatori del settore a presentare proprie manifestazioni di interesse, senza dar luogo ad una selezione preventiva degli ammessi in gara (ché, anzi, tutti gli operatori che avevano manifestato il loro interesse sono stati puntualmente ammessi).

Le modalità di pubblicazione dell'avviso – che l'appellante ritiene non adeguate a diffondere l'informazione dell'indizione della gara tra gli operatori economici – restano irrilevanti poiché alla luce dei criteri di qualificazione prima detti non valgono a far dire ristretta la procedura: potrebbero limitare la conoscenza della (avvenuta indizione della) gara, ma certo non ad impedire a chi l'abbia conosciuta di parteciparvi; della violazione delle regole che le prevedono può lamentarsi l'operatore che non abbia potuto per tempo presentare la propria manifestazione di interesse, non chi vi abbia partecipato a pieno titolo.

Si aggiunga che, se non la pubblicazione sul sito internet del Comune, certamente la pubblicazione sulla piattaforma SATER – Sistema acquisti telematici dell'Emilia Romagna garantiva sufficiente diffusione dell'avvenuta indizione della gara tra gli operatori che di tale piattaforma si servono ordinariamente nella loro attività.

3. Nel terzo motivo di appello è ribadita, in forma critica alla sentenza di primo grado, la contestazione sulla conformità dell'offerta dell'aggiudicatario alla legge di gara: dopo aver nuovamente precisato che le tariffe degli interventi indicate a pag. 6 della lettera di invito (già riportate nella parte in fatto al par. 1.1.) erano l'unica forma di remunerazione del servizio riconosciuta al concessionario (e che la stazione appaltante aveva quantificato in € 600.000 il valore della concessione proprio in ragione dei ricavi che era possibile conseguire facendo applicazione di queste), assume che l'aggiudicatario avrebbe dovuto applicare il 70% di ribasso offerto alle predette tariffe, così come chiesto dalla lettera di invito, e non invece, come avvenuto su di una loro percentuale (pari al 40%) giustificandosi con l'aver ritenuto che le tariffe non esaurissero i ricavi derivanti dalla concessione, ma che fossero solo parte della remunerazione del concessionario.

A suo dire questa operazione aveva consentito all'aggiudicatario di risultare primo graduato

sebbene avesse, in realtà, offerto una percentuale di ribasso pari al 28% a fronte del 40% che era stata la sua percentuale di ribasso.

3.1. Il motivo è fondato nei termini che seguono.

3.1.1. La lettera di invito, nella parte dedicata al “*Contenuto della busta “Offerta economica”*”, richiedeva agli operatori economici di compilare l’offerta economica sulla piattaforma SATER inserendo negli appositi campi i seguenti elementi “*a) ribasso percentuale offerto globalmente riferito a tutte le tariffe di cui alla tabella di seguito riportate*”; come già esposto nella parte in fatto (par. 1.1.) la tabella riportava le “*tariffe degli interventi*” fino a 40 mq, da 41 a 300mq ed infine da 301mq in poi, ulteriormente suddivise in intervento “*senza aspirazione di liquid*” e “*con aspirazione di liquid*”.

Agli operatori economici, inoltre, veniva richiesto di compilare un P.E.F. per dimostrare la sostenibilità dell’ipotesi di gestione, per la redazione del quale era possibile servirsi del prospetto economico elaborato dalla stazione appaltante per calcolare il valore complessivo della concessione (stimato, come detto, in € 600.000,00 per l’intera durata del contratto).

Non v’è dubbio, pertanto, che i concorrenti fossero tenuti ad indicare il ribasso offerto rispetto alle tariffe degli interventi (peraltro in unica percentuale).

L’avviso precisava, poi, che il corrispettivo del servizio era costituito unicamente dal diritto di gestire i servizi oggetto del contratto e che i relativi costi sarebbero stati sostenuti dai responsabili civili dei sinistri che avrebbero richiesto l’intervento del concessionario o, in loro vece, dalle compagnie di assicurazioni a copertura della Responsabile civile auto (RCA). Il Comune, in sostanza, non avrebbe sopportato oneri dalla concessione.

3.1.2. L’aggiudicataria, nel P.E.F., dichiarava che l’offerta economica consisteva in un ribasso del 70% applicato sulle tariffe “*esposte nel paragrafo “contenuto della busta economica” alla pagina 6 della lettera di invito*”, per, poi, subito aggiungere, però, di poter ritenere, “*per la sua ampia conoscenza del mercato e per maturata esperienza in appalti simili*”, che “*le attività derivanti dall’applicazione delle tariffe di cui sopra rappresenti solamente un 40% degli introiti complessivi provenienti dalla gestione della concessione*”, poiché esse si riferiscono alle sole “*attività di mera pulizia*”, donde la possibilità di poter conseguire ulteriori ricavi da attività identificate di “*ripristino infrastrutturale, rimozione veicoli ed altre*” (per circa € 360.000,00 a fronte di € 70.000,00 derivanti dalle attività di pulizia e, dunque, per complessivi € 432.000 attesi).

3.1.3. Dalla piana lettura dei passaggi in precedenza riportati risulta con evidenza come l’aggiudicatario abbia elaborato la sua offerta immaginando che le “*tariffe degli interventi*” indicate dalla stazione appaltante a base del ribasso percentuale da praticare dagli offerenti valessero a remunerare solo una parte delle prestazioni rese dal concessionario – le attività di pulizia – mentre altre attività, e precisamente quelle di ripristino infrastrutturale, rimozione veicoli ed altre, trovassero remunerazione *aliunde*, sempre a tariffa, e, dunque, sempre a carico delle compagnie di assicurazione, ma al di fuori delle tariffe indicate nella tabella contenuta a pag. 6 della lettera di invito.

3.1.4. Simile ragionamento, tuttavia, non ha alcun aggancio negli atti di gara poiché le tariffe erano genericamente indicate come *“tariffe degli interventi”*, così evidentemente ricomprendendo ogni possibile intervento che consegue ad un sinistro stradale per il quale è richiesto all'affidatario del servizio di intervenire, in maniera del tutto coerente con l'oggetto del servizio in concessione che era quello di *“ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità post-sinistro mediante pulitura ed eventuale manutenzione della piattaforma stradale e sue pertinenze”*.

D'altra parte nella sua memoria difensiva l'aggiudicatario afferma di trarre convincimento dalla differenziazione operata dalla stazione appaltante (nell'ambito delle tariffe degli interventi) tra (quelle praticate per) interventi *“senza aspirazione di liquidi”* e interventi *“con aspirazione di liquidi”*, a suo dire predicabile solo in relazione ad *“attività di pulizia”* e non per altre attività; l'argomento, però, non convince: anche nell'ambito di un intervento di ripristino infrastrutturale e/o di rimozione veicoli possono esservi (o non essere presenti) liquidi da aspirare.

3.1.5. Decisiva, specialmente, è una considerazione: a voler scindere tra ricavi derivanti dall'attività di pulizia e ricavi derivanti dalle altre attività (di ripristino infrastrutturale, rimozione veicoli ed altre), e ritenere, come fa l'aggiudicatario, che dalle seconde sia possibile conseguire ricavi ben maggiori rispetto alle prime, si avrebbe che la stazione appaltante abbia richiesto agli operatori economici di elaborare la propria offerta economica (indicando il ribasso praticato) in relazione (alle tariffe da applicare) solo ad una parte delle prestazioni in contratto, e peraltro, di gran lunga di minore rilevanza economica per il concessionario (per quanto possano essere eventuali questi interventi). In sostanza, la stazione appaltante avrebbe identificato una base di calcolo dell'offerta economica parziale, e, comunque, poco significativa.

Sebbene la stazione appaltante nelle sue difese non manchi di dir parola a favore, si tratta di un risultato interpretativo illogico che farebbe dubitare della stessa validità della disciplina di gara (come prospettato da Sicurezza e Ambiente s.r.l. nel motivo di ricorso proposto in via subordinata per il caso in cui si seguisse la tesi della controinteressata), per cui è certamente preferibile una diversa interpretazione della lettera di invito peraltro coerente con il significato delle parole utilizzate: la stazione appaltante ha identificato un criterio per la determinazione della remunerazione del servizio che valesse a comprendere tutte le prestazioni richieste al concessionario (principali o secondarie che fossero).

3.1.6. Alla luce delle esposte considerazioni, si comprende l'errore commesso dal giudice di primo grado: questi ha ritenuto l'offerta della Zini Elio s.r.l. conforme alla legge di gara per (il solo fatto di) aver indicato un ribasso percentuale (del 70%) da applicare alle *“tariffe degli interventi”* di cui alla pag. 6 della lettera di invito, come richiesto dalla stazione appaltante; senonché, la specificazione operata dall'aggiudicatario, contenuta nel PEF sulla base di calcolo dei suoi ricavi, vale a far dubitare di quale fosse il ribasso realmente offerto.

Altrimenti detto, al rispetto formale degli oneri imposti al partecipante – inserire nel modulo compilato sulla piattaforma SATER il ribasso unitario offerto in relazione alle *“tariffe degli interventi”* – è corrisposta, in realtà, una loro elusione sostanziale per una precisa ragione: alla

luce di tutto quanto fino a questo momento esposto, i ricavi attesi dall'aggiudicatario per l'espletamento del servizio non erano *ceteris paribus* (e, dunque a prescindere dalle variabili che egli stesso enuncia nella sua memoria: la natura aleatoria della concessione per cui non era possibile in alcun modo sapere quanti sinistri sarebbero avvenuti, di quale natura, e quanto le compagnie di assicurazione avrebbero corrisposto) quelli che si sarebbero potuti trarre dall'applicazione del ribasso del 70% alle "tariffe degli interventi". Di ciò, come già esposto, si ha evidenza nelle tabelle che lo stesso aggiudicatario inserisce all'interno del P.E.F.

3.1.7. Né pare, invero, di poter accordare seguito alle argomentazioni del Comune di Modena laddove afferma che, rispettata la lettera di invito con l'indicazione del ribasso percentuale praticato sulle "tariffe degli interventi", era poi possibile per i concorrenti articolare autonome voci di lavori e ricavi ritraibili dall'esecuzione del servizio all'interno del PEF. Si deve ritenere, al contrario, che sia richiesta coerenza tra i valori riportati nel P.E.F. e quantificazione del costo del servizio per dire l'offerta attendibile e, d'altra parte, non si può dubitare che l'inserimento di una diversa rimodulazione dei ricavi che si assume possibile conseguire dall'esecuzione del servizio rispetto a quelli ipotizzati dalla stazione appaltante al momento della elaborazione della base di calcolo del costo del servizio porta ad un completo stravolgimento dei parametri con le quali si è svolta la procedura evidenziale, rendendo in tesi neppure comparabili tra loro le offerte dei concorrenti (come, d'altronde, si può dire essere avvenuto nella vicenda in esame).

3.1.8. In conclusione, il motivo va accolto e il provvedimento di aggiudicazione annullato; la stazione appaltante dovrà riprendere la procedura di gara rivalutando nuovamente l'offerta economica della Zini Elio s.r.l. alla luce delle motivazioni in precedenza esposte.

3.2. Il Comune di Modena e Zini Elio s.r.l. hanno stipulato il contratto di concessione di servizi il 18 novembre 2020 (depositato in atti); l'appellante ha proposto, per il caso di accoglimento della domanda di annullamento del provvedimento di aggiudicazione, in via principale istanza di subentro, previa caducazione del contratto con effetti *ex tunc* ovvero *ex nunc*, e in via subordinata la condanna del Comune di Modena al risarcimento per equivalente.

3.3. Considerata la domanda (di subentro) proposta dall'appellante, il Collegio, avuto riguardo ai criteri stabiliti dall'art. 122 cod. proc. amm., e in particolare, alla durata della concessione (stabilita in tre anni con possibilità di rinnovo per ulteriori tre anni), allo stato di esecuzione (non è ancora trascorso un anno dalla stipulazione del contratto), alla possibilità per l'appellante di conseguire l'aggiudicazione in considerazione del vizio riscontrato (che attiene alle modalità con le quali l'aggiudicatario ha formulato la sua offerta rispetto alle previsioni della legge di gara), dichiara inefficace il contratto stipulato dal Comune di Modena con Zini Elio s.r.l. a decorrere dalla pubblicazione della presente sentenza.

La domanda di condanna al risarcimento del danno per equivalente, come gli altri motivi di appello diretti ad ottenere la caducazione dell'intera procedura di gara, proposti in via subordinata, restano assorbiti.

4. In conclusione, l'appello è accolto nei sensi di cui in motivazione, e per gli effetti, in riforma della sentenza di primo grado, è accolto il ricorso di primo grado di Sicurezza e Ambiente s.r.l.

nei termini esposti.

5. La complessità delle questioni poste con i motivi di ricorso giustifica la compensazione tra tutte le parti in causa delle spese del doppio grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte e, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna n. 105/2021:

- ordina al Comune di Modena di esibire a Sicurezza e Ambiente la Relazione tecnica prodotta da Zini Elio s.r.l. in versione integrale;

- accoglie il secondo motivo del ricorso di primo grado di Sicurezza e Ambiente s.r.l. e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati nei termini di cui in motivazione;

- dichiara inefficace il contratto stipulato tra il Comune di Modena e Zini Elio s.r.l. a decorrere dalla data di pubblicazione della presente sentenza;

- assorbito ogni altro motivo e domanda proposta.

Compensa tra tutte le parti in causa le spese del doppio grado del giudizio.

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