Pubblicato il 18/06/2021

N. 00557/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00251/2021 REG.RIC.

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

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 251 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

S.I.R.A.M. S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Silvia Battistella, Paolo Gaggero, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Genova, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Luca De Paoli, Nicola Rossi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Iren Smart Solutions S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Daniela Anselmi, Giulio Bertone, Alessio Anselmi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Daniela Anselmi in Genova, via Corsica, 19/10;

Engie Servizi S.p.A., Societa' per il Patrimonio Immobiliare - S.P.I.M. S.p.A. non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

della Determinazione dirigenziale del Comune di Genova, Direzione Ambiente - Settore Politiche Energetiche, n. 2021-151.5.0-7 del 4 marzo 2021, con cui è stata disposta l'aggiudicazione della "procedura di gara aperta telematica ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50/2016, per la selezione di un operatore economico qualificato, incluse Energy Services Companies (Esco), cui affidare una concessione di servizi mediante partenariato pubblico privato, avente ad oggetto i servizi di prestazione energetica, riqualificazione, gestione e manutenzione energetica in regime di prestazione energetica garantita dell'edificio denominato "Matitone", sede degli Uffici del Comune di Genova espletata nell'ambito del programma Elena progetto Gen-Ius. CUP B31J18000210001 – CIG 8380515BBF", in favore del costituendo R.T.I. composto da IREN Smart Solutions ed ENGIE Servizi;

di ogni altro atto presupposto, antecedente, conseguente e/o comunque connesso con quello impugnato, ancorché allo stato non conosciuto, ivi specificamente comprendendo, in quanto occorra, tutti i verbali di gara e, in particolare, i verbali delle sedute del Seggio di gara del 3 dicembre 2020 cronologico n. 380, del 16 dicembre 2020 cronologico 402, delle sedute riservate della Commissione di gara del 16 dicembre 2020, del 23 dicembre 2020, del 29 dicembre 2020, del 5 gennaio 2021, dell'8 gennaio 2021, del 15 gennaio 2021 e del 19 gennaio 2021, della seduta del 27 gennaio 2021;

nonché, ai sensi degli articoli 7, 30 e 120 e segg. del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato in forza degli atti impugnati, con subentro della ricorrente (seconda classificata), e comunque per il risarcimento dei danni subiti e subendi in dipendenza della loro emanazione ed attuazione;

ed altresì per l'accesso integrale all'offerta tecnica del R.T.I. aggiudicatario, previo - ove occorra – annullamento della Nota del Comune di Genova, Prot. Informatico, del 24 marzo 2021.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Genova e di Iren Smart Solutions S.p.A.;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2021 il dott. Luca Morbelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Vengono in decisione le istanze di acceso alla documentazione di gara formulate, dalla società Siram s.p.a., con il ricorso principale e dalla controinteressata con ricorso incidentale.
Entrambe le domande sono fondate e devono essere accolte.
In materia di gare pubbliche il bilanciamento tra tutela del segreto industriale e commerciale e l'accesso ai documenti è regolato dall'art. 53, ultimo comma, d.lgs. 50/16 che stabilisce: *"In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto".*
Tale norma costituisce per un verso deroga e per altro specificazione dell'art. 24, comma 7, l. 241/90 che stabilisce: "*Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale".*
Pertanto il parametro della *"stretta indispensabilità"* quale fondamento della prevalenza del diritto di accesso sul contrapposto diritto alla

riservatezza deve essere limitato ai soli dati sensibili, con esclusione del segreto tecnico e commerciale in relazione al quale la norma di cui all'art. 53 d.lgs. 50/16 ritiene sufficiente la mera finalizzazione alla difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura.

I dati sensibili, a tenore dell'art. 4 d.lgs. 196/03, erano *"i dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale"*.

Tale norma è stata, tuttavia, abrogata dall'art. 27, comma 1, lett. a), n. 1 d.lgs. 10 agosto 2018 n. 101

Peraltro la categoria dei dati sensibili è stata sostituita da quella dei dati particolari che sono individuati dall'art. 9 paragrafo 1 del regolamento UE 27 aprile 2016 n. 679 che stabilisce "*E' vietato trattare dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona"*.

La previsione dell'art. 24, comma 7, l. 241/90 deve essere ora riferita ai dati particolari di cui all'art. 9 regolamento UE 679/16.

Nell'ambito dei dati particolari non rientra il segreto commerciale.

Inoltre, subordinare l'accesso alle offerte tecniche alla dimostrazione della stretta indispensabilità del documento alla deduzione e alla prova di specifici motivi di impugnazione realizza una inversione logica non potendosi, in assenza della conoscenza della offerta tecnica dedursi motivi di ricorso se non nella forma generica e inammissibile del cd *"ricorso al buio"*, con inaccettabile compressione del diritto di difesa.

Per quanto sopra devono essere accolte nella loro integralità le domande di accesso formulate dalla ricorrente principale e da quella incidentale.

La spese possono essere compensate stante la particolarità della controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), ordina al Comune di Genova, di consentire alle ricorrenti, principale e incidentale l'accesso, mediante visione ed estrazione di copia, della documentazione integrale dell'offerta tecnica della aggiudicataria, nonché della offerta tecnica e della documentazione amministrativa dell'offerta della ricorrente.

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Luca Morbelli, Consigliere, Estensore

Angelo Vitali, Consigliere

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Luca Morbelli	**Giuseppe Caruso**

IL SEGRETARIO