

L'accesso ai documenti di gara: il know how aziendale il principio regolativo del conflitto tra trasparenza e riservatezza.

di Daniela Dell'Oro

Data di pubblicazione: 27-10-2017

Deve escludersi che la verifica della effettiva inerenza dei documenti al *know-how* dell'impresa controinteressata possa essere operata *ex officio* dal giudice, dovendo essere dedotta mediante una "motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente", cui quella verifica è quindi riservata.

Sussiste uno specifico rapporto strumentale tra lo strumento ostensivo ed il giudizio concernente la procedura di affidamento cui i documenti interessati si riferiscono: la specialità della norma sull'accesso nel settore dei pubblici appalti impone un accurato controllo in ordine alla effettiva utilità della documentazione richiesta, ovvero sia un giudizio prognostico che non può prescindere dalle eventuali preclusioni processuali in cui sia incorso il richiedente.

La rilevanza dell'accesso ai fini della tutela degli interessi giuridici della parte richiedente dev'essere valutata *ex parte actoris*, e non *ex parte iudicis*: l'utilità dei documenti oggetto dell'istanza di accesso deve essere apprezzata nel prisma delle facoltà difensive della parte richiedente. La valutazione non va, quindi, compiuta *ex parte iudicis*, nell'ottica dell'esercizio del sindacato giurisdizionale, necessariamente ancorato alle censure così come cristallizzate nella domanda di annullamento già articolata (ed in funzione del quale sono contemplati dall'ordinamento processuale i poteri istruttori del giudice).

L'utilità dei documenti ai fini dell'esplicazione delle facoltà difensive della parte richiedente deve, infatti, intendersi nel senso della "pertinenza" degli stessi rispetto al *thema decidendum* delineato con la domanda di annullamento, e non nel senso più ristretto di idoneità degli stessi a determinare l'accoglimento della medesima domanda.

In senso conforme: Consiglio di Stato, sezione III, sentenza n. 3688 del 15 luglio 2014.

Guida alla lettura

Costituisce oggetto di appello dinanzi al Consiglio di Stato la determinazione reiettiva - assunta

dalla stazione appaltante, nell'ambito di una gara per l'affidamento del servizio di distribuzione e fornitura di gas medicinali e delle operazioni connesse - sull'istanza di accesso presentata dall'impresa seconda classificata, con riferimento a documenti, appartenenti all'offerta tecnica della società controinteressata aggiudicataria.

Il punto centrale della controversia è la riconducibilità dei documenti di cui si chiede l'ostensione al *know-how* aziendale, cioè ai "segreti tecnici o commerciali" dell'impresa, che sono sottratti in quanto tali all'area operativa del diritto di accesso, come delineata, *ratione temporis*, dall'art. 13 d.lvo n. 163/2006.

Le ragioni del diniego di accesso, ritenute legittime dal giudice di prime cure, afferiscono essenzialmente al carattere riservato dei documenti costituenti il contenuto della busta contenente l'offerta tecnica.

Il Consiglio di Stato ritiene, invece, che si possa prescindere dalla verifica relativa all'effettiva sussistenza dei presupposti per attrarre i documenti *de quibus* nella sfera "protetta" delineata dall'art. 13, comma 5, lett. a) d.lvo n. 163/2006, ai sensi del quale "*sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione alle informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali*".

Infatti, il carattere incidentale della domanda ostensiva, proposta nell'ambito di un giudizio avente ad oggetto gli atti conclusivi di una procedura di affidamento di un appalto pubblico (e, nello specifico, il profilo della legittimità dell'aggiudicazione disposta a favore della controinteressata), nonché l'oggetto stesso della domanda, relativa ai documenti contenuti nella busta dell'offerta tecnica della parte controinteressata, depongono univocamente nel senso della **strumentalità dell'accesso alla tutela degli interessi giuridici della parte richiedente, seconda classificata**, nel giudizio medesimo.

Sussistono quindi i presupposti per applicare **il principio regolativo del conflitto tra l'esigenza di trasparenza, invocata dal richiedente l'accesso, e quella di tutela della riservatezza del soggetto cui i documenti oggetto di accesso afferiscono**, così come consacrato *ratione temporis*, in termini favorevoli alla prima, dall'**art. 13, comma 6, d.lvo n. 163/2006**, ai sensi del quale "*in relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettere a) e b), è comunque consentito l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso*".

Il Collegio rimarca che le norme citate, nel loro combinato disposto, riproducono sostanzialmente (puntualizzandola sotto il duplice aspetto del soggetto legittimato all'accesso e della finalità del suo esercizio) una *regula iuris* sancita, nell'ambito della disciplina generale in materia di accesso ai documenti amministrativi, dall'**art. 24, commi 6 e 7, l. n. 241/1990**, laddove, pur contemplando la possibilità di prevedere, mediante regolamento, "*casi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi (...) quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario,*

industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono”, dispone che “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”.

Deve peraltro osservarsi che l'inerenza dei documenti a “*segreti tecnici o commerciali*”, riconducibili al *know-how* dell'impresa controinteressata, è meramente affermata dalla stessa, mentre non è stata fornita – né con la sua dichiarazione di opposizione all'esercizio del diritto di accesso, a prescindere dalla sua tempestività, né in sede difensiva – **la dimostrazione che i dati siano effettivamente appartenenti allo specifico know-how dell'impresa**, ovvero idonei a lasciar trapelare peculiari abilità o conoscenze operative da essa acquisite nel corso della sua esperienza nel mercato di riferimento.

Deve altresì escludersi che la verifica della effettiva inerENZA dei documenti al know-how dell'impresa controinteressata possa essere operata ex officio dal giudice, richiedendo l'art. 13, comma 5, lett. a) d.lvo n. 163/2006 che essa sia dedotta mediante una “motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente”, cui quella verifica è quindi riservata.

Il Collegio - chiarito che l'accesso richiesto dalla società appellante è astrattamente legittimato dalla sua finalizzazione all'esercizio del diritto di difesa nell'ambito del giudizio impugnatorio principale - passa a verificare in concreto se l'accesso abbia ad oggetto documenti effettivamente rilevanti ai fini della piena esplicazione del suddetto diritto.

L'art. 13, comma 6, d.lvo n. 163/2006, nell'ammettere l'accesso “*in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso*”, instaura uno **specifico rapporto strumentale tra lo strumento ostensivo ed il giudizio concernente la procedura di affidamento** cui i documenti interessati si riferiscono: rapporto rafforzato dal carattere incidentale che, nella vicenda in esame, assume la domanda di accesso rispetto al giudizio principale.

Il Collegio si occupa, inoltre, della **questione di rito della tardività della domanda di annullamento** dell'ammissione dell'impresa aggiudicataria proposta con il ricorso principale, eccipita dall'Amministrazione resistente e ritiene, invece, la domanda tempestiva.

La II Sezione sottolinea che **la decorrenza del termine per proporre la domanda di annullamento avverso il provvedimento di ammissione della controinteressata alla gara coincide con la conoscenza del provvedimento di aggiudicazione definitiva** e non, come sostiene l'Amministrazione, con la data di formazione del verbale di aggiudicazione provvisoria, nonostante la presenza alla relativa seduta dei rappresentanti della parte appellante, né con quella di conoscenza del provvedimento di ammissione.

La regola della immediata impugnabilità dei provvedimenti di ammissione delle imprese alla gara, di cui all'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., è stata infatti introdotta dall'art. 204, comma 1, lett. b), d.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e si applica, ai sensi dell'art. 216, comma 1, di quest'ultimo, “*alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la*

procedura di scelta del contraente siano pubblicati **successivamente alla data della sua entrata in vigore** nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte”.

Il Consiglio di Stato si sofferma, poi, ad analizzare i **caratteri necessari a stabilire l'utilità della documentazione** di cui si chiede l'ostensione.

Innanzitutto, si allinea alla **giurisprudenza che collega alla specialità della norma sull'accesso nel settore dei pubblici appalti la necessità di un accurato controllo in ordine alla effettiva utilità** della documentazione richiesta, ovverosia un giudizio prognostico che non può prescindere dalle eventuali preclusioni processuali in cui sia incorso il richiedente.

Pertanto, reputa inidonee ad evidenziare l'immeritevolezza dell'istanza ostensiva le deduzioni intese a far discendere l'inutilità dell'accesso dall'infondatezza dei motivi di censura sottesi alla domanda di annullamento proposta avverso i provvedimenti di ammissione e di aggiudicazione a favore dell'impresa controinteressata.

Al riguardo, si specifica che la rilevanza dell'accesso ai fini della tutela degli interessi giuridici della parte richiedente dev'essere valutata **ex parte actoris**, e non *ex parte iudicis*.

In altre parole, **l'utilità dei documenti oggetto dell'istanza di accesso deve essere apprezzata nel prisma delle facoltà difensive della parte richiedente**, suscettibili di sviluppare le loro modalità esplicative (attraverso lo strumento, ad esempio dei motivi aggiunti) proprio sulla scorta della conoscenza dei documenti oggetto di accesso.

La valutazione non va, quindi, compiuta *ex parte iudicis*, nell'ottica dell'esercizio del sindacato giurisdizionale, necessariamente ancorato alle censure così come cristallizzate nella domanda di annullamento già articolata (ed in funzione del quale sono contemplati dall'ordinamento processuale i poteri istruttori del giudice).

Il Collegio, poi, aggiunge che il tratto ulteriore per stabilire l'utilità della documentazione richiesta è quello della **pertinenza**.

L'utilità dei documenti ai fini dell'esplicazione delle facoltà difensive della parte richiedente deve, infatti, intendersi nel senso della “pertinenza” degli stessi rispetto al *thema decidendum* delineato con la domanda di annullamento, e non nel senso più ristretto di idoneità degli stessi a determinare l'accoglimento della medesima domanda: ove si aderisse a siffatta opzione interpretativa, infatti, si attribuirebbero al giudice, cui è demandata la decisione sul ricorso incidentale in materia di accesso (tanto più in sede di appello avverso la sentenza di rigetto), compiti cognitori travalicanti l'oggetto del giudizio e sconfinanti in quello del giudizio principale.

Ribadito che la valutazione della rilevanza dei documenti oggetto di accesso deve essere operata **in chiave prospettica**, senza alcuna rigida limitazione al contenuto delle censure già articolate, il Consiglio di Stato sottolinea che la conoscenza del contenuto della busta recante

l'offerta tecnica è essenziale, in vista della eventuale proposizione di motivi aggiunti, al fine di verificare le modalità con le quali la stazione appaltante ha proceduto all'attribuzione dei punteggi, alla luce del capitolato speciale di appalto.

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1430 del 2017, proposto da:

Air Liquide Sanità Service s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo Brunetti e Francesco Scanzano, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Filippo Brunetti in Roma, via XXIV Maggio n. 43;

contro

Azienda Policlinico Umberto I, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Paola Baglio e Alessia Alesii, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Paola Baglio in Roma, viale del Policlinico n. 155;

nei confronti di

Linde Medicale s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Giuliano Berruti e Stefano Padovani, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giuliano Berruti in Roma, via delle Quattro Fontane n. 161;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III QUATER n. 02235/2017, resa tra le parti, concernente annullamento della comunicazione pec del 21.10.2016 ore 18.35, con la quale non è stato consentito l'accesso integrale all'offerta di Linde, con particolare riferimento al contenuto integrale della busta B1 Demo, ed assunzione dell'ordine di ostensione di detta documentazione

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Policlinico Umberto I e di Linde Medica s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2017 il Cons. Ezio Fedullo e uditi per le parti gli avvocati Filippo Brunetti, Paola Baglio e Giuliano Berruti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza non definitiva oggetto di impugnazione, il T.A.R. per il Lazio, sezione Terza quater, si è pronunciato in chiave reiettiva sulla domanda di accesso presentata dalla società Air Liquide Sanità Service s.p.a., ex art. 116, comma 2, c.p.a., nell'ambito del giudizio avente ad oggetto il provvedimento di aggiudicazione, a favore della controinteressata Linde Medica s.r.l., della gara indetta dall'Azienda Policlinico Umberto I di Roma per l'affidamento del servizio di distribuzione e fornitura di gas medicinali e delle operazioni connesse.

La domanda di accesso, avente ad oggetto (per la parte non soddisfatta dalla stazione appaltante) il contenuto della busta B1 presentata dalla società aggiudicataria a corredo della sua offerta tecnica (concernente, ai sensi del punto 13.3.8 del capitolato: "Demo del software di tracciabilità delle bombole; Demo del software di gestione dell'appalto; demo del software di gestione della sala di criopreservazione e di tracciabilità dei campioni biologici"), è stata respinta dall'Amministrazione intimata sul rilievo che la società controinteressata, con nota prot. n. 52300 del 20.10.2016, in riscontro alla comunicazione prot. n. 51861 del 14.10.2016, aveva manifestato la sua opposizione alla richiesta ostensiva, trattandosi di dati "assolutamente riservati in quanto facenti parte del patrimonio di know-how aziendale".

Il T.A.R., nel respingere la domanda di accesso, ritenendo la legittimità dei motivi addotti dall'Amministrazione a fondamento del diniego, ha richiamato i principi sanciti dal Consiglio di Stato, Sezione IV, con la sentenza n. 3431 del 28 luglio 2016, rilevando come, sebbene la domanda di accesso presentata dalla società Air Liquide Sanità Service s.p.a. fosse strumentale alla difesa nel giudizio avente ad oggetto il provvedimento di aggiudicazione e gli atti presupposti, il provvedimento di diniego "si fonda su una previa dichiarazione motivata e comprovata (dell'impresa aggiudicataria: *n.d.e.*) in ordine all'inerenza dei dati esclusivi dell'azienda aggiudicataria e sui quali si è basata l'offerta".

Mediante le censure formulate con l'atto di appello, la parte appellante, premessa la strumentalità dell'accesso inutilmente richiesto all'esercizio del diritto di difesa nell'ambito del giudizio promosso avverso il provvedimento di aggiudicazione, peraltro riconosciuta dallo stesso giudice di primo grado, evidenzia essenzialmente che la società controinteressata non

ha reso in sede di offerta alcuna dichiarazione “motivata e comprovata”, come richiesto dall’art. 13, comma 5, lett. a) d.lvo n. 163/2006, in ordine al fatto che il contenuto della busta B1 riguardasse “segreti tecnici e commerciali”, e che la stazione appaltante non ha svolto alcuna verifica in ordine alla effettiva inerenza ad essi della dichiarazione tardivamente ed apoditticamente resa sul punto dalla società Linde Medicale s.r.l..

Essa deduce inoltre che l’art. 13, comma 6, d.lvo n. 163/2006 assegna prevalenza, anche nell’ipotesi di inerenza dei documenti ai “segreti tecnici o commerciali” dell’impresa, alle esigenze di difesa in giudizio qualora essi siano relativi “alla procedura di affidamento del contratto nell’ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso”.

La parte appellante censura infine il modo con il quale il T.A.R. ha fatto applicazione dei principi sanciti dalla sentenza del giudice di appello invocata a presupposto della pronuncia impugnata, evidenziando che la corretta interpretazione della stessa avrebbe dovuto condurre per contro all’accoglimento della domanda di accesso.

L’appellata Azienda, nel costituirsi in giudizio, ha eccepito l’inammissibilità del ricorso proposto dalla società Air Liquide Sanità Service s.p.a. per carenza di interesse, sulla scorta della dedotta inammissibilità (per tardività) ed infondatezza delle censure formulate avverso il provvedimento di aggiudicazione e quello di ammissione alla gara della società controinteressata, deducendo altresì l’infondatezza della domanda di accesso ed evidenziando che il provvedimento di diniego è conforme al principio di parità di trattamento, atteso che l’analoga istanza di accesso presentata dalla società controinteressata Linde Medicale s.r.l., con riferimento alla documentazione prodotta in sede di gara dalla società appellante Air Liquide Sanità Service s.p.a., è stata respinta in conseguenza della dichiarazione da questa resa in ordine alla inerenza dei dati in essa incorporati al proprio *know-how*.

Anche la società Linde Medicale s.r.l. si oppone all’accoglimento dell’appello, evidenziando, in sintesi, che il carattere riservato dei documenti inseriti nella busta B1 è confermato dalla stessa società appellante laddove ha formulato la sua opposizione all’accesso ai documenti inseriti nella propria busta B1, asserendo che “vi sono dati relativi a prodotto progettato dalla nostra azienda e peculiarità relative a *know-how*”, oltre ad evincersi dalla tipologia stessa dei documenti richiesti dal Capitolato speciale d’appalto, il quale, all’art. 13.3.8, fa riferimento a documenti relativi alle caratteristiche e al funzionamento dei software di gestione di determinati servizi connessi alla fornitura di gas medicali.

A giustificare la reiezione dell’appello, aggiunge la società resistente, sarebbe poi il fatto che i documenti di cui l’appellante chiede l’esibizione risultano irrilevanti ai fini della decisione nel merito dei motivi di impugnazione dedotti avverso il provvedimento di aggiudicazione della gara, incentrati sui *link* presenti nella documentazione inserita nella busta B1 e sulla violazione del principio di immodificabilità dell’offerta tecnica e di quello che vieta l’eterointegrazione della stessa con elementi non inseriti nella documentazione prodotta in gara che ne deriverebbe: ciò in quanto, in sintesi, i verbali delle operazioni di gara, assistiti da fede privilegiata fino a querela di falso, certificano, da un lato, che il contenuto cui rimandano i *link* presenti nella busta B1 è conforme a quello dei CD e della documentazione cartacea e

che comunque tali *link* non sono stati utilizzati ai fini della valutazione dell'offerta tecnica e dell'attribuzione dei punteggi, dall'altro lato, che tale documentazione corrisponde alle specifiche richieste dal Capitolato d'appalto.

Aggiunge ancora la parte resistente che l'irrilevanza dei documenti per i quali viene chiesto l'accesso deriva anche dall'evidente inammissibilità e infondatezza del motivo di censura in funzione del quale il diritto in questione viene esercitato.

In particolare, deduce la parte appellata, il motivo è innanzitutto inammissibile in quanto incorre nel divieto di abuso del processo, avendo anche l'appellante Air Liquide inserito nella Busta B1 contenuti i quali, a voler seguire la sua prospettazione, non avrebbero garantito l'immodificabilità dell'offerta e avrebbero consentito la sua eterointegrazione.

Esso è altresì infondato atteso che:

(i) i siti internet ai quali Linde Medicale ha fornito accesso non contengono documentazione differente da quella inserita in forma cartacea nell'offerta tecnica; in ogni caso la Commissione di gara - pur avendo accertato tale circostanza - ha comunque ignorato il contenuto di tali siti ai fini dell'attribuzione dei punteggi qualità;

(ii) la documentazione inserita nell'offerta tecnica è completa e risponde alle richieste del

Capitolato speciale di gara, come attestato dalla Commissione di gara.

L'appello quindi, all'esito della camera di consiglio e dopo lo scambio di ulteriori memorie, è stato trattenuto dal collegio per la decisione.

DIRITTO

E' stata impugnata dinanzi al T.A.R. per il Lazio la determinazione reiettiva assunta dall'intimata stazione appaltante, nell'ambito di una gara avente ad oggetto l'affidamento del servizio di distribuzione e fornitura di gas medicinali e delle operazioni connesse, sull'istanza di accesso presentata dalla parte ricorrente, seconda classificata, con riferimento a documenti, appartenenti all'offerta tecnica della società controinteressata aggiudicataria, asseritamente riconducibili al *know-how* aziendale della stessa, ergo ai propri "segreti tecnici o commerciali", e sottratti in quanto tali all'area operativa del diritto di accesso, come delineata, *ratione temporis*, dall'art. 13 d.lvo n. 163/2006.

Le ragioni del diniego di accesso, ritenute dal T.A.R. immuni dalle censure attoree, afferiscono essenzialmente al carattere riservato dei documenti costituenti il contenuto della busta B1, rappresentato, ai sensi del punto 13.3.8 del capitolato, da "Demo del software di tracciabilità delle bombole; Demo del software di gestione dell'appalto; demo del software di gestione della sala di criopreservazione e di tracciabilità dei campioni biologici": carattere, sottolinea il T.A.R., regolarmente opposto dalla parte interessata e legittimamente richiamato dall'Amministrazione a fondamento del provvedimento reiettivo.

Tanto premesso, il ricorso in appello è meritevole di accoglimento.

Può prescindersi, ad avviso di questo giudice, dalla verifica, operata in senso affermativo dal giudice di primo grado, circa l'effettiva sussistenza dei presupposti per attrarre i documenti *de quibus* nella sfera "protetta" delineata dall'art. 13, comma 5, lett. a) d.lvo n. 163/2006, ai sensi del quale "sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione alle informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali".

Invero, il carattere incidentale della domanda ostensiva, proposta nell'ambito di un giudizio avente ad oggetto gli atti conclusivi di una procedura di affidamento di un appalto pubblico (ed in particolare la legittimità dell'aggiudicazione disposta a favore della controinteressata), nonché l'oggetto stesso della domanda, relativa ai documenti contenuti nella busta B1 dell'offerta tecnica della parte controinteressata, depongono univocamente nel senso della strumentalità dell'accesso alla tutela degli interessi giuridici della parte richiedente, seconda classificata, nel giudizio medesimo: sussistono quindi i presupposti per applicare il principio regolativo del conflitto tra l'esigenza di trasparenza, invocata dal richiedente l'accesso, e quella di tutela della riservatezza del soggetto cui i documenti oggetto di accesso afferiscono, così come consacrato *ratione temporis*, in termini favorevoli alla prima, dall'art. 13, comma 6, d.lvo n. 163/2006, ai sensi del quale "in relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettere a) e b), è comunque consentito l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso".

Invero, le norme citate, nel loro combinato disposto, riproducono sostanzialmente (puntualizzandola quanto a soggetto legittimato all'accesso e finalità del suo esercizio) una *regula iuris* sancita, nell'ambito della disciplina generale in materia di accesso ai documenti amministrativi, dall'art. 24, commi 6 e 7, l. n. 241/1990, laddove, pur contemplando la possibilità di prevedere, mediante regolamento, "casi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi (...) quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono", dispone che "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".

Deve peraltro osservarsi, *ad abundantiam*, che l'inerenza dei documenti contenuti nella busta B1 a "segreti tecnici o commerciali", riconducibili al *know-how* dell'impresa controinteressata, è meramente affermata dalla stessa, mentre non è stata fornita – né con la sua dichiarazione di opposizione all'esercizio del diritto di accesso, a prescindere dalla sua tempestività, né in sede difensiva – la dimostrazione che la busta B1 contenga dati effettivamente appartenenti allo specifico *know-how* dell'impresa, ovvero idonei a lasciar trapelare peculiari abilità o conoscenze operative da essa acquisite nel corso della sua esperienza nel mercato di riferimento.

Né, a dimostrare la suddetta inerenza, potrebbe essere sufficiente il fatto che analoga dichiarazione di opposizione (all'accesso richiesto, questa volta, dall'impresa controinteressata) sia stata formulata dalla società appellante, tanto più in quanto anch'essa si rivela priva di una specifica motivazione atta a sorreggerne la fondatezza.

Deve altresì escludersi che la verifica della effettiva inerenza dei documenti al *know-how* dell'impresa controinteressata possa essere operata *ex officio* dal giudice, richiedendo l'art. 13, comma 5, lett. a) d.lvo n. 163/2006 che essa sia dedotta mediante una "motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente", cui quella verifica è quindi riservata.

Chiarito, quindi, che l'accesso richiesto dalla società appellante è astrattamente legittimato dalla sua finalizzazione all'esercizio del diritto di difesa nell'ambito del giudizio impugnatorio principale, occorre verificare, anche alla luce dei rilievi difensivi delle parti resistenti, se l'invocato accesso abbia ad oggetto documenti effettivamente rilevanti ai fini della piena esplicazione del suddetto diritto.

Deve invero ribadirsi che l'art. 13, comma 6, d.lvo n. 163/2006, nell'ammettere l'accesso "in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso", instaura uno specifico rapporto strumentale tra lo strumento ostensivo ed il giudizio concernente la procedura di affidamento cui i documenti interessati si riferiscono: rapporto rafforzato dal carattere incidentale che, nella vicenda in esame, assume la domanda di accesso rispetto al giudizio principale.

Ebbene, l'Amministrazione intimata, al fine di inficiare l'esistenza del suddetto nesso, eccepisce in primo luogo l'inammissibilità della domanda di annullamento proposta con il ricorso principale in ragione della sua affermata tardività.

La deduzione non è condivisibile.

Sebbene, invero, come affermato dalla giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, n. 3688 del 15 luglio 2014), la specialità della norma sull'accesso nel settore dei pubblici **appalti** imponga "un accurato controllo in ordine alla effettiva utilità della documentazione richiesta, ovvero sia un giudizio prognostico che non può prescindere dalle eventuali preclusioni processuali in cui sia incorso il richiedente", deve osservarsi, in primo luogo, che la decorrenza del termine per proporre la domanda di annullamento avverso il provvedimento di ammissione della controinteressata alla gara coincide con la conoscenza del provvedimento di aggiudicazione definitiva e non, come sostiene l'Amministrazione, con la data (14.4.2016) di formazione del verbale di aggiudicazione provvisoria, nonostante la presenza alla relativa seduta dei rappresentanti della parte appellante, né con quella di conoscenza del provvedimento di ammissione: la regola della immediata impugnabilità dei provvedimenti di ammissione delle imprese alla gara, di cui all'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., è stata infatti introdotta dall'art. 204, comma 1, lett. b), d.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e si applica, ai sensi dell'art. 216, comma 1, di quest'ultimo, "alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o

di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte”.

Quanto invece alla asserita tardività della domanda di annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva, deve ugualmente rilevarsi che la decorrenza del relativo termine non può coincidere con la data del (distinto ed autonomo) provvedimento di aggiudicazione provvisoria.

Inidonee ad evidenziare la dedotta immeritevolezza dell'istanza ostensiva sono poi le deduzioni delle parti resistenti, intese a far discendere l'inutilità dell'accesso dalla predicata infondatezza dei motivi di censura sottesi alla domanda di annullamento proposta avverso i provvedimenti di ammissione e di aggiudicazione a favore dell'impresa controinteressata.

Deve osservarsi al riguardo che la rilevanza dell'accesso ai fini della tutela degli interessi giuridici della parte richiedente va valutata *ex parte actoris*, e non *ex parte iudicis*: in altre parole, l'utilità dei documenti oggetto dell'istanza di accesso deve essere apprezzata nel prisma delle facoltà difensive della parte richiedente, suscettibili di sviluppare le loro modalità esplicative (attraverso lo strumento, ad esempio dei motivi aggiunti) proprio sulla scorta della conoscenza dei documenti oggetto di accesso, e non nell'ottica dell'esercizio del sindacato giurisdizionale, necessariamente ancorato alle censure così come cristallizzate nella domanda di annullamento già articolata (ed in funzione del quale sono contemplati dall'ordinamento processuale i poteri istruttori del giudice).

Deve poi aggiungersi, sul punto, che l'utilità dei documenti ai fini dell'esplicazione delle facoltà difensive della parte richiedente deve intendersi nel senso della “pertinenza” degli stessi rispetto al *thema decidendum* delineato con la domanda di annullamento, e non nel senso più ristretto di idoneità degli stessi a determinare l'accoglimento della medesima domanda: ove si aderisse a siffatta opzione interpretativa, infatti, si attribuirebbero al giudice, cui è demandata la decisione sul ricorso incidentale in materia di accesso (tanto più in sede di appello avverso la sentenza di rigetto), compiti cognitori travalicanti l'oggetto del giudizio e sconfinanti in quello del giudizio principale.

Sulla scorta delle suesposte coordinate interpretative, e con specifico riferimento alla fattispecie oggetto di giudizio, deve osservarsi che l'inutilità dell'accesso non può discendere, come assumono le parti appellate, dal fatto che la Commissione di gara, nel verbale della seduta riservata del 14.12.2015, avrebbe attestato di aver verificato che il contenuto del *link* (presente nella busta B1 dell'impresa controinteressata) è esattamente conforme a quello del CD e della documentazione cartacea presente nel plico della società Linde Medicale s.r.l., specificando “...di utilizzare per l'esame della documentazione quanto contenuto all'interno del plico...”, senza che la parte ricorrente abbia proposto querela di falso avverso la suddetta attestazione.

Ribadito che la valutazione della rilevanza dei documenti oggetto di accesso deve essere operata in chiave prospettica, senza alcuna rigida limitazione al contenuto delle censure già articolate, basti considerare che la conoscenza del contenuto della busta B1 è essenziale, in vista della eventuale proposizione di motivi aggiunti, al fine di verificare le modalità con le quali

la stazione appaltante ha proceduto all'attribuzione dei punteggi, alla luce del disposto dell'art. 13.3.8 del capitolato speciale di appalto, a mente del quale il contenuto della busta "B1 – Demo" è appunto funzionale alla "comparazione dei sistemi offerti dalle varie ditte candidate e come ausilio nell'attribuzione dei punteggi qualità alle singole sezioni a cui fanno riferimento".

Uguualmente non significativo è il fatto, eccetto dalla difesa dell'intimata Amministrazione, che l'offerta tecnica presentata dalla Air Liquide s.p.a. ha ottenuto un punteggio di qualità ben più elevato di quello conseguito dalla controinteressata (10 punti), non potendo escludersi *a priori* la possibilità per la parte appellante, ricorrente in primo grado, di dimostrare l'erroneità (rispettivamente per difetto e per eccesso) del punteggio attribuito dalla Commissione alla sua offerta ed a quella della controinteressata, sulla scorta della documentazione di cui ha chiesto l'ostensione.

Quanto invece all'abuso del diritto in cui sarebbe incorsa la parte appellante, la cui offerta tecnica sarebbe affetta dal medesimo vizio imputato a quella della impresa controinteressata (e posto a base della domanda di annullamento del relativo provvedimento di aggiudicazione), deve osservarsi che siffatta circostanza non è da sola idonea a paralizzare il diritto di azione della prima, anche nei suoi risvolti ostensivi, essendo a tal fine necessaria la sua deduzione ad oggetto di un apposito ricorso incidentale.

L'appello deve quindi essere accolto e conseguentemente riformata la sentenza appellata, con il conseguente accoglimento della domanda di accesso proposta, ex art. 116, comma 2, c.p.a., dalla parte appellante.

L'Amministrazione resistente e la società controinteressata devono essere condannate alla refusione delle spese del doppio grado di giudizio a favore della parte appellante, nella complessiva misura di € 2.000,00 per ciascuna, oltre oneri di legge, nonché al rimborso del contributo unificato versato all'atto della proposizione dell'appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Terza, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto:

- lo accoglie e, in riforma della sentenza appellata, accoglie la domanda ex art. 116, comma 2, c.p.a., proposta dalla parte appellante, ordinando conseguentemente all'Amministrazione appellata l'ostensione dei documenti oggetto dell'istanza di accesso;
- condanna l'Amministrazione resistente e la società controinteressata alla refusione delle spese del doppio grado di giudizio a favore della parte appellante, nella complessiva misura di € 2.000,00 per ciascuna, oltre oneri di legge, nonché, in solido tra loro, al rimborso del contributo unificato versato all'atto della proposizione dell'appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere, Estensore