

## L'accesso agli atti di gara e la tutela delle informazioni tecnico-industriali del concorrente: un punto di equilibrio tra esigenze di riservatezza e trasparenza.

di Isabella Tassone

Data di pubblicazione: 22-4-2020

1. Per l'accesso alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta che costituiscano segreti tecnici o commerciali, va operato il bilanciamento di cui all'art. 53, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, norma speciale rispetto a quella dell'art. 24, comma 7, della legge n. 241 del 1990 (dettata, con la medesima finalità, ma con altri presupposti per l'accesso c.d. ordinario); i parametri di riferimento di tale bilanciamento sono quelli segnati dalla giurisprudenza, sopra richiamata, che richiede l'indispensabilità della conoscenza delle informazioni segrete ai fini della tutela dell'istante nell'ambito di un giudizio determinato.

### Guida alla lettura

Con la pronuncia in commento, la V sezione del Consiglio di Stato affronta la tematica relativa all'ostensibilità della documentazione presentata in sede di gara, involgente segreti tecnici o commerciali dei concorrenti.

Com'è noto, la normativa rilevante in *subjecta materia* si rinviene nella disciplina settoriale di cui all'art. 53, D. Lgs. 18/4/2016, n. 50, letta in combinato disposto con la regolamentazione in materia di accesso documentale contenuta negli artt. 22 e ss., L. 7/8/1990, n. 241.

In linea di principio, gli operatori economici partecipanti alla procedura ad evidenza pubblica hanno diritto di accedere a tutti gli atti della procedura che incidono in modo diretto e immediato sull'interesse all'aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, Sez. V, ord. 9 aprile 2019, n. 2331).

Come evidenziato in tempi recentissimi, "*ciò che è pubblicamente evidente, per definizione, deve anche essere pubblicamente conoscibile, salvi, ovviamente, i limiti di legge (...)*" (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 10).

Specificamente, per ciò che qui più rileva, l'art.53, D. Lgs. n. 50/2016 detta talune limitazioni al diritto di accesso in materia di contratti pubblici, sul piano temporale e contenutistico.

*In primis*, l'acquisizione della documentazione relativa alle offerte presentate dai concorrenti è caratterizzata da una **rigida inaccessibilità durante la competizione**.

Depone in tal senso la lettera dell'art. 53, comma 2, lett. c), D. Lgs. n. 50/2016 che sancisce il divieto di divulgazione in pendenza della procedura, differendo l'accesso ad aggiudicazione

avvenuta.

In *secundis*, anche a procedura definita, è **esclusa l'accessibilità** di specifici aspetti dell'offerta o delle giustificazioni presentate in sede di giudizio di anomalia, **suscettibili di rilevare segreti tecnici o commerciali** secondo motivata e comprovata dichiarazione degli offerenti ex art. 53, comma 5, lett. a), D. Lgs. n. 50/2016.

Secondo l'argomentare del Collegio, la *ratio* di tale prescrizione si rinviene nella volontà di escludere ogni forma di divulgazione relativa al c.d. "*know how*" degli operatori economici, vale a dire dell'insieme delle specifiche capacità gestionali e tecnico-industriali, originali e tendenzialmente riservate, che concorrono a determinare la specifica competitività dell'impresa sul mercato.

Il "saper fare" in tal senso inteso è tutelato dall'ordinamento ai fini della corretta esplicazione della concorrenza (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 gennaio 2020, n. 64).

Tuttavia, come rammentato dal Supremo Consesso Amministrativo, in siffatte ipotesi, l'esclusione dell'accesso presuppone l'allegazione di dichiarazioni dell'offerente comprovate e puntuali, volte a dimostrare la sussistenza di un **effettivo segreto industriale o commerciale meritevole di tutela** (cfr. Cons. Stato, sez. III, 11 ottobre 2017, n. 4724).

Al riguardo, è stato autorevolmente specificato che l'impresa partecipante all'appalto deve esplicitare in concreto le ragioni per le quali la conoscenza dei dati contenuti nei documenti richiesti possa arrecare nocumento alla stessa, senza fare ricorso a mere clausole di stile o formulazioni generiche (cfr. Delibera Presidente A.N.A.C. n. 608 in data 27 giugno 2018).

Conseguentemente, spetta alla stazione appaltante valutare le argomentazioni rilevate in sede di opposizione ai fini del diniego all'accesso, evidenziando le specifiche ragioni di salvaguardia del segreto tecnico-industriale custodito negli atti di gara rilevanti per l'operatività del regime di segretezza (cfr. cit. Cons. Stato, sez. V, n. 64/2020).

Ad ogni buon conto, come precisato dal Collegio, deve essere consentito l'accesso anche alle informazioni contenenti segreti tecnici o commerciali laddove l'istante allegghi **l'indispensabilità della conoscenza delle informazioni segrete ai fini della tutela nell'ambito di un giudizio determinato.**

Alla luce dell'esplicita formulazione dell'art. 53, comma 6, D. Lgs. n. 50/2016, in siffatta evenienza, **prevale il diritto di accesso c.d. difensivo rispetto alle contrapposte esigenze di riservatezza.**

**Il Consiglio di Stato****in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**ORDINANZA**

sul ricorso numero di registro generale 384 del 2020, proposto da

Sicurezza e Ambiente s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Sergio Fienga, Marco Trevisan, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Sergio Fienga in Roma, Piazzale delle Belle Arti, 8.

***contro***

Provincia di Rimini, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Franco Mastragostino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Bologna, piazza Aldrovandi, 3.

***nei confronti***

Zini Elio s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Stefanelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;  
Consorzio Italiano Strade & Ambiente, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Daniele Turco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia.

***per la riforma dell'ordinanza collegiale del Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna (Sezione Seconda) n. 00973/2019, resa tra le parti.***

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Rimini, di Zini Elio s.r.l. e del Consorzio Italiano Strade & Ambiente;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 6 febbraio 2020 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Trevisan, Carpani, su delega dell'avv. Mastragostino, Reggio d'Acì, su delega dell'avv. Turco, e Stefanelli.

Premesso che:

con l'ordinanza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per

l'Emilia-Romagna ha respinto il ricorso proposto, ai sensi dell'art. 116, comma 2, Cod. proc. amm., dalla società Sicurezza e Ambiente s.p.a -seconda classificata nella procedura aperta telematica indetta alla Provincia di Rimini per "*l'affidamento in concessione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità stradale mediante pulitura ed eventuale manutenzione straordinaria della sede stradale e delle sue pertinenze interessate da incidenti*"- per ottenere l'accesso all'offerta tecnica dell'aggiudicatario RTI Zini Elio Srl – Consorzio Italiano Strade & Ambiente, controinteressato;

in data 28 giugno 2019 la ricorrente aveva presentato una prima istanza di accesso agli atti per l'ostensione dei verbali contenenti le valutazioni dei commissari e della documentazione amministrativa e tecnica, comprensiva dei relativi allegati, presentati dall'aggiudicataria ed, in particolare (i) della lista di tutti i centri logistici messi a disposizione del servizio e della loro dislocazione sul territorio provinciale, nonché (ii) della documentazione comprovante la disponibilità -contrattualizzata- di locali di deposito di mezzi incidentati;

la Provincia di Rimini aveva accolto solo in parte la richiesta con nota dell'8 luglio 2019 e, successivamente all'aggiudicazione, a seguito di altra richiesta di accesso del 6 agosto 2019, aveva emanato la nota in pari data, fornendo la relazione tecnica del RTI Zini parzialmente oscurata e negando l'accesso alle parti ritenute non ostensibili, per l'opposizione dichiarata dall'aggiudicatario;

avevano fatto seguito altre istanze di accesso, in esito alle quali la Provincia di Rimini aveva fornito, in data 27 settembre 2019, una nuova copia della relazione tecnica dell'aggiudicatario il cui testo risultava in parte oscurato, sia pure in misura ridotta rispetto alla versione già resa disponibile a Sicurezza e Ambiente;

sulla base degli atti ottenuti in visione, quest'ultima depositava ricorso in data 1 settembre 2019, sia per l'annullamento dell'aggiudicazione, che per l'annullamento delle note di diniego di accesso, con richiesta di condanna dell'amministrazione provinciale a provvedere all'ostensione;

decidendo sull'istanza di accesso separatamente dal giudizio principale, il Tribunale amministrativo regionale -dato atto della difesa opposta all'accesso dalle parti resistenti- ha respinto l'istanza, ritenendo "*prevalente l'interesse pubblico all'oscuramento degli ulteriori dati e complessivamente sufficiente il materiale probatorio posto a disposizione della ricorrente*";

l'ordinanza è stata impugnata dalla società Sicurezza e Ambiente, con unico articolato motivo;

la Provincia di Rimini, nonché la società Zini Elio s.r.l., in proprio e in qualità di capogruppo del RTI costituendo con il Consorzio Italiano Strade & Ambiente e quest'ultimo, in proprio, si sono costituiti per resistere al gravame ed hanno depositato memorie difensive;

all'esito della camera di consiglio del 6 febbraio 2020 è stata riservata la decisione.

Rilevato che:

con l'unico articolato motivo (*Sulla erroneità dell'ordinanza nella parte in cui ha ritenuto legittimi i dinieghi opposti dalla Provincia di Rimini alle istanze di accesso agli atti presentate da Sicurezza e Ambiente a fronte della necessità di tutelare un asserito know-how industriale concernente l'offerta tecnica presentata in corso di gara dal RTI Zini. Violazione e falsa applicazione dell'art. 53 del D.Lgs. 50/2016. Violazione degli artt. 97 e 113 Cost. Violazione dei principi di trasparenza e buon andamento dell'azione amministrativa. In ogni caso violazione di legge ed eccesso di potere per completa assenza di motivazione del diniego. Eccesso di potere per difetto dei presupposti*) l'appellante Sicurezza e Ambiente osserva che:

- ha un interesse giuridicamente rilevante ad accedere alla documentazione richiesta, al fine di tutelare le proprie ragioni in giudizio;

- non sussisterebbe l'esigenza di garantire la riservatezza di alcune informazioni presenti nella relazione tecnica dell'aggiudicatario poiché non sarebbero coperte da segreti tecnici o commerciali "asseriti e mai provati";

- l'ordinanza di primo grado è viziata dalla falsa applicazione dell'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016;

- non costituirebbero segreti tecnici o commerciali ai sensi di tale norma la lista dei centri logistici messi a disposizione del RTI aggiudicatario e la loro dislocazione sul territorio, intesa come indicazione dell'indirizzo esatto in cui si trovano (comune, via e numero civico), né le targhe dei veicoli da impiegare nel servizio indicati nell'offerta tecnica;

- era onere dell'amministrazione rappresentare con i provvedimenti di diniego quali sarebbero le specifiche ragioni di tutela del segreto industriale o commerciale custodito negli atti di gara, in riferimento a precisi dati tecnici, mentre la Provincia di Rimini si sarebbe limitata a recepire acriticamente le obiezioni del RTI Zini, a loro volta prive di motivazione;

- peraltro, l'art. 53, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 ammette l'accesso anche in presenza di segreti tecnici o commerciali, laddove lo stesso sia funzionale all'esercizio delle prerogative difensive dell'istante e, nel caso di specie, sarebbe "chiaro ed indiscutibile il nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le esigenze di difesa in giudizio", anche solo considerando che la procedura di gara è stata aggiudicata esclusivamente in base alla valutazione dei progetti tecnici e comunque considerando il contenuto delle censure di cui al ricorso principale di Sicurezza e Ambiente;

- in punto di fatto, inoltre non sarebbe convincente nemmeno l'affermazione della Provincia di Rimini, recepita in sentenza, secondo cui non esiste alcun verbale della seduta di gara del 10 aprile 2019 (nel corso della quale la commissione giudicatrice ha aperto e valutato le offerte tecniche);

l'appellante formula, quindi, le seguenti conclusioni: <<[...] accertare il diritto della Sicurezza e Ambiente di accedere ... alla versione integrale e non oscurata dalla documentazione oggetto di istanza di accesso [...]. In subordine, laddove non si ritenesse di dover consentire l'accesso integrale agli atti richiesti, in parziale riforma dell'ordinanza impugnata, consentire l'accesso

*almeno alle targhe dei veicoli di cui alle pagine 2, 7, 8 e 9 del capitolo A2 dell'offerta e agli indirizzi (via e numero civico) delle sedi dei Centri Logistici di cui alla pag. 2 del capitolo A2 dell'offerta>>.*

Considerato che:

ad avviso della Provincia di Rimini, i motivi dedotti presupporrebbero la fondatezza delle censure articolate col ricorso principale, che invece sono state ritenute infondate dallo stesso Tribunale amministrativo regionale, con la sentenza di merito sopravvenuta del 29 gennaio 2020, n. 90 e comunque l'attuale appellante non sarebbe riuscita a dimostrare l'indispensabilità della conoscenza delle parti oscurate rispetto all'esercizio del diritto di difesa; peraltro, la stazione appaltante non avrebbe potuto fare altro che prendere atto dell'opposizione motivata della Zini Elio s.r.l. di cui alla nota del 31 luglio 2019;

la Provincia di Rimini ha inoltre ribadito l'inesistenza di un verbale della seduta del 10 aprile 2019, svolgendo ulteriori argomentazioni sulla natura riservata della stessa e sull'inammissibilità delle deduzioni dell'appellante;

il Consorzio Italiano Strade & Ambiente ha, in via preliminare, eccepito l'inammissibilità o l'improcedibilità del presente appello per la sopravvenienza della già detta sentenza del Tribunale amministrativo n. 90/2020;

lo stesso Consorzio e Zini Elio s.r.l. ne hanno poi sostenuto l'infondatezza nel merito, ribadendo le ragioni dell'opposizione all'ostensione, per la sussistenza di segreti tecnici o commerciali, ai sensi dell'art. 53, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016 e per la mancata dimostrazione da parte dell'appellante dell'indispensabilità dell'accesso ai fini della tutela in giudizio; quest'ultima, peraltro, sarebbe da escludere anche in ragione di quanto motivato dallo stesso Tribunale amministrativo dell'Emilia-Romagna nella sentenza con la quale è stato respinto il ricorso introduttivo.

Ritenuto che:

l'eccezione di improcedibilità o inammissibilità dell'appello deve essere respinta alla stregua della giurisprudenza, cui si intende dare continuità, che riconosce natura autonoma all'istanza di accesso agli atti in pendenza di giudizio e carattere decisorio al provvedimento che conclude il relativo procedimento giurisdizionale, poiché la sola circostanza che sia proposta nel giudizio pendente, non fa perdere la sua autonomia di *actio ad exhibendum* per trasformarla in richiesta di carattere meramente istruttorio, rivolta al giudice del c.d. ricorso principale, "*tanto più che si tratta di istanza da notificare all'Amministrazione e agli eventuali controinteressati, conformemente al regime tipico della instaurazione del rapporto giuridico processuale*" (Cons. Stato, V, ord. 21 maggio 2018, n. 3028) e considerato che l'istanza in corso di causa –tenuto conto del dato testuale dell'art. 116, comma 2, Cod. proc. amm.- ha carattere facoltativo, potendo la parte scegliere se innestare un giudizio di accesso nel processo pendente ovvero instaurare autonomo giudizio;

nel merito, l'appello è fondato e va accolto limitatamente alla domanda subordinata, per le

ragioni di cui appresso;

l'art. 53, comma 5, lett. a), e 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 va interpretato secondo le linee tracciate dalle affermazioni giurisprudenziali che seguono, e che qui si intendono ribadire:

- la disciplina dell'accesso agli atti delle procedure ad evidenza pubblica è *“caratterizzata da un rigida inaccessibilità in pendenza della procedura, strumentale alla garanzia della leale competizione, e da una tendenziale accessibilità di tutti gli atti della serie negoziale, ad aggiudicazione avvenuta, salvo che in relazione ad alcuni specifici aspetti per i quali vengano in rilievo, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, “segreti tecnici o commerciali”* (Cons. Stato, III, 17 marzo 2017, n. 1213);

- la *voluntas legis*, consona al particolare contesto concorrenziale, è *“di escludere dall'ostensibilità propria degli atti di gara quella parte dell'offerta o delle giustificazioni della anomalia che riguardano le specifiche e riservate capacità tecnico-industriali o in genere gestionali proprie dell'impresa in gara (il 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 industriale e commerciale e che concorre a definire e qualificare la specifica competitività dell'impresa nel mercato aperto alla concorrenza. Si tratta, del resto, di beni essenziali per lo sviluppo e per la stessa competizione qualitativa, che sono prodotto patrimoniale della capacità ideativa o acquisitiva della singola impresa e cui l'ordinamento, ai fini della corretta esplicazione della concorrenza, offre tutela di loro in quanto segreti commerciali: cfr. artt. 98 e 99 d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (Codice della proprietà industriale)”* (Cons. Stato, V, 7 gennaio 2020, n. 64);

- il limite alla ostensibilità è 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 stazione appaltante 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.);

- comunque, *“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 del suo interesse all'aggiudicazione [...]”*, soprattutto se la richiesta riguarda le dichiarazioni e la documentazione acquisita in sede di verifica dei requisiti di ordine generale, tecnico economico (Cons. Stato, V, ord. 9 aprile 2019, n. 2331);

- soltanto qualora si sia in presenza di segreti tecnici o commerciali è necessario ricorrere al criterio normativo di bilanciamento dei contrapposti interessi di cui all'art. 53, comma 6, la cui rigorosa interpretazione -nel senso di richiedere, da parte dell'istante, la prova dell'*indispensabilità* dei documenti ai quali è chiesto l'accesso, affinché possa difendersi in un *determinato* giudizio (cfr. Cons. Stato, V, n. 64/2020 cit.)- si spiega proprio in ragione del fatto che all'interesse della difesa in giudizio si contrappone la necessità di tutelare informazioni contenenti segreti tecnici o commerciali; con la conseguenza –giòva aggiungere– che laddove questi non sussistano riprendono vigore i principi di trasparenza e pubblicità

dell'azione amministrativa, vieppiù operanti nelle procedure di affidamento dei pubblici appalti (arg. ex art. 30 d.lgs. n. 50 del 2016);

applicando tali principi al caso di specie, si ha che:

- le esigenze di segretezza del RTI aggiudicatario sono rappresentate nella nota del 31 luglio 2019, del seguente contenuto (che, per comodità espositiva, si divide in lettere non presenti nell'originale):

a) *“le parti oscurate sono frutto di procedure e metodi di intervento definite sotto il marchio Area Sicura registrato il 22/01/13 codice BO2013C000073 presso U.I.B.M. (Ministero dello Sviluppo Economico Ufficio Italiano Marchi e Brevetti) da Zini Elio s.r.l. Tale marchio e procedure ad esso collegate sono protette. La divulgazione non autorizzata delle informazioni censurate in offerta tecnica produrrebbe un grave danno alla Zini Elio s.r.l. in quanto tali informazioni potrebbero essere autorizzate dalle ditte concorrenti. In particolare, lo studio con l'Università di Bologna per mettere a punto le tematiche relative al Grip Tester e alle procedure e ai metodi per il ripristino del grip stradale; i sistemi di preservazione dell'infrastruttura stradale e il suo monitoraggio, la scelta dei prodotti e i risultati dei test fatti presso l'Autodromo Dino Ferrari di Imola rientrano nei casi previsti e sono oggetto di tutela. Tali procedure prevedono le procedure di esecuzione dell'intervento e tutta la gestione delle informazioni raccolte tramite sistema informatico sviluppato dal nostro ufficio sviluppo e di proprietà della Zini Srl”;*

b) *“Viene oscurata l'organizzazione territoriale, in quanto rappresenta un unicum organizzativo di proprietà della Zini e tale struttura è utilizzata anche per lo svolgimento di altri servizi e quindi la divulgazione di tale rete territoriale costruita in molti anni di presenza sul territorio rappresenterebbe un danno irreparabile e un ingiusto vantaggio commerciale per il richiedente che come noto è il principale competitor sul mercato nazionale nel settore di riferimento della presente gara.”;*

c) *“Vengono inoltre censurate le parti (numero di interventi eseguiti, elenco amministrazioni ecc.) in quanto tali dati sono coperti da privacy e rientrano nella sfera dei dati sensibili gestiti dalla Zini Elio s.r.l.”;*

d) *“non sono inoltre divulgabili a terzi i nominativi ed indirizzi delle aziende coinvolte nel progetto operativo presentato, in quanto tali informazioni rivelano un segreto tecnico attinente alle procedure e alle misure aziendali, rilevando altresì la necessità del rispetto della privacy di tutti i soggetti che a vario titolo ci hanno rilasciato autorizzazione e disponibilità ad essere inseriti nell'offerta tecnica formulata in sede di gara; si oscurano anche le mappe perché da esse è agevolmente ricavabile mediante semplici operazioni sul Web la ragione sociale dei soggetti indicati in sede di offerta tecnica”.*

- le informazioni oggetto dell'opposizione hanno diversa portata e diversa rilevanza ai fini della difesa in giudizio della società richiedente l'accesso; e segnatamente:

- -a) le informazioni *sub a)* sono coperte da *segreto tecnico e commerciale*, come già definito

nei precedenti giurisprudenziali sopra richiamati, nonché dagli artt. 98 e 99 del d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (*Codice della proprietà industriale*);

- -b) le informazioni *sub b)*, ove limitate, come richiesto in subordine dalla ricorrente, all'indirizzo (*via e numero civico*) dei *centri logistici operativi* indicati nella relazione dell'offerta tecnica (nella quale, nella versione da ultimo fornita all'istante, sono già leggibili *i comuni* di ubicazione, senza contestazione giudiziale da parte della Zini Elio s.r.l.) non sono coperte da segreto tecnico né commerciale, in quanto *la sola ubicazione dei centri logistici operativi* non caratterizza di per sé in maniera esclusiva il *progetto organizzativo aziendale*, se resta ignoto (in quanto protetto in ragione del segreto di cui al precedente punto a) il *know how* che consente di individuare le procedure di esecuzione degli interventi, vale a dire i criteri seguiti dall'impresa per avvalersi dei centri logistici messi a disposizione; ancora, in sé, l'ubicazione dei centri logistici utilizzati dall'aggiudicatario non è dato meritevole di essere coperto da segreto al fine di impedire indebiti vantaggi competitivi in capo alla ricorrente, considerato che il RTI aggiudicatario, per poter svolgere il servizio, ha la disponibilità dei centri logistici operativi indicati nella relazione tecnica, e non è dato sapere -né è stato dedotto in giudizio- come Sicurezza e Ambiente potrebbe interferire nella loro utilizzazione da parte del controinteressato o avvalersene a proprio vantaggio; considerazioni analoghe valgono per le targhe dei veicoli indicati nella stessa relazione tecnica, il cui oscuramento *parziale* non è giustificato da alcun vincolo di segretezza, alla stregua di quanto appena detto, tanto più che le *caratteristiche* dei veicoli sono disvelate e che per la gran parte di essi sono state rese note anche le targhe;

- c) non è necessario prendere posizione sulla qualificazione delle informazioni *sub c)* quali "*dati sensibili*" (così definiti dal RTI aggiudicatario) non accessibili, poiché nessun significativo interesse ha manifestato l'istante alla loro conoscenza, né questa risulta utile o indispensabile alla difesa in giudizio, secondo quanto si dirà;

- d) analogamente è a dirsi per le informazioni *sub d)*, non rilevando ai fini della difesa in giudizio della ricorrente la conoscenza dei rapporti intrattenuti dal RTI aggiudicatario con soggetti terzi anche se attinenti alla disponibilità dei centri logistici; salvo a precisare che non si può impedire l'ostensione degli indirizzi degli stessi centri logistici solo perché *in thesi* vi insistono diritti di soggetti terzi alla cui identità si potrebbe risalire, per il tramite di tali indirizzi: va escluso infatti un *diritto alla riservatezza* di costoro, tutelabile ai sensi dell'art. 24, comma 6, lett. d), della legge n. 241 del 1990, in quanto –come già affermato in giurisprudenza- "*il riferimento al "segreto" commerciale, contenuto nell'art. 53, più rigoroso e stringente dell'art. 24 che invece parla di "riservatezza" commerciale, si spiega in relazione allo specifico contesto dell'evidenza pubblica nell'ambito del quale si svolge una vera e propria competizione governata dal principio di concorrenza e da quello di pari trattamento che ne costituisce il corollario endoconcorsuale. Essendo la gara basata sulla convenienza dell'offerta economica è chiaro che le condizioni alle quali essa è aggiudicata, ed il relativo contratto è stipulato, costituiscono la prova ed il riscontro della corretta conduzione delle competizione fra gli offerenti, ragion per cui nessuna esigenza di riservatezza potrà essere tale da sottrarre all'accesso i dati economici che non siano così inestricabilmente avvinti a quelli tecnici da costituire parte di un segreto industriale.*" (Cons. Stato, III, 17 marzo 2017, n. 1213), secondo un principio da valere per l'impresa partecipante alla gara e per tutti coloro che con questa intrattengono rapporti commerciali non coinvolgenti segreti tecnici o commerciali;

Ritenuto, inoltre, che:

- per l'accesso alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta che costituiscano segreti tecnici o commerciali, va operato il bilanciamento di cui all'art. 53, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, norma speciale rispetto a quella dell'art. 24, comma 7, della legge n. 241 del 1990 (dettata, con la medesima finalità, ma con altri presupposti per l'accesso c.d. ordinario); i parametri di riferimento di tale bilanciamento sono quelli segnati dalla giurisprudenza, sopra richiamata, che richiede l'*indispensabilità della conoscenza delle informazioni segrete* ai fini della tutela dell'istante nell'ambito di un giudizio *determinato* (cfr. Cons. Stato, V, n. 64/2020 cit.);

- l'applicazione di tale criterio interpretativo nel caso di specie comporta che vadano escluse dall'accesso le informazioni sopra indicate *sub a)*, per le quali, come eccepito dalle parti contro-interessate, l'appellante non ha fornito prova alcuna di *indispensabilità*;

- invece, rispetto alle informazioni che *non* costituiscono segreti tecnici o commerciali ai sensi dell'art. 53, comma 5, lett. a), del d.lgs. n. 50 del 2016, la verifica dell'interesse a ricorrere si muove lungo le linee ordinarie segnate dall'art. 100 Cod. proc. civ. e, in materia di accesso, dall'art. 22, comma 1, lett. b), richiedendosi perciò, in riferimento alla tutela del diritto di difesa in giudizio, onde evitare richieste meramente emulative, l'*attinenza delle informazioni cui si vuole accedere all'oggetto del giudizio ed alle ragioni difensive del ricorrente*, senza che rilevi, ai fini del diritto all'accesso, alcuna prognosi di fondatezza di queste ultime;

- considerati i motivi del ricorso introduttivo del giudizio di merito (così come desumibili dall'atto depositato in primo grado), finalizzati all'annullamento dell'aggiudicazione -per (asseriti) vizi delle dichiarazioni del RTI controinteressato riguardanti l'offerta tecnica e/o per (asseriti) vizi della valutazione (e della corrispondente attribuzione di punteggio) da parte della commissione giudicatrice sugli elementi dell'offerta tecnica concernenti, in particolare, le caratteristiche dei veicoli in dotazione e la disponibilità di tredici centri logistici operativi- si decide come segue:

- - 1) va respinta la richiesta principale dell'appellante di conseguire l'accesso all'intera relazione di accompagnamento dell'offerta tecnica, poiché dall'ostensione di quest'ultima vanno esclusi (oltre ai detti segreti tecnici e commerciali) anche le informazioni sopra riassunte *sub c) e d)*, in quanto estranee al *thema decidendum* delineato dai motivi di ricorso nel merito;

- - 2) va invece accolta la richiesta subordinata dell'appellante di conseguire l'accesso "*alle targhe dei veicoli di cui alle pagine 2, 7, 8 e 9 del capitolo A2 dell'offerta e agli indirizzi (via e numero civico) delle sedi dei Centri Logistici di cui alla pag. 2 del capitolo A2 dell'offerta*", per quanto sopra in punto di attinenza con i motivi del ricorso principale;

- allo stato, non vale ad escludere tale interesse all'accesso, la decisione di rigetto di cui alla sentenza del Tribunale amministrativo dell'Emilia-Romagna n. 90/2020, poiché questa non è passata in giudicato, e poiché, in linea di principio, non è condivisibile l'inversione logica, che -preventivamente comprimendo il diritto di difesa- comporta il rigetto o l'assorbimento della domanda di accesso alla luce della ritenuta inammissibilità o infondatezza dei motivi con i quali

si censura la legittimità della gara, nonostante l'accesso sia strumentale anche soltanto alla migliore difesa in giudizio (cfr. Cons. Stato, VI, 18 gennaio 2018, n. 293);

- una volta *esclusa la sussistenza di segreti tecnici o commerciali*, l'interesse all'accesso va regolato, come detto, secondo i criteri ordinari, per i quali *“deve essere ammesso l'accesso al documento amministrativo che contiene notizie e dati che, secondo quanto esposto dall'istante ed alla luce di un esame obiettivo, attengono alla situazione giuridica tutelata (in quanto la fondano, la integrano, la rafforzano o semplicemente la citano) o con essa interferiscono in quanto la ledono, ne diminuiscono gli effetti o ancora documentano parametri, criteri e giudizi rilevanti al fine di individuare il parametro di valutazione concretamente utilizzato, così che, una volta accertato il collegamento tra l'interesse e il documento, ogni ulteriore indagine sull'utilità ed efficacia del documento stesso in prospettiva di tutela giurisdizionale ovvero sull'esistenza di altri strumenti di tutela eventualmente utilizzabili è del tutto ultronea”* (Cons. Stato, IV, 13 dicembre 2012, n. 1211, richiamata da Cons. Stato, V, 23 settembre 2015, n. 4452);

- non è invece possibile ordinare l'esibizione in giudizio del richiesto *verbale della seduta del 10 aprile 2019*, poiché la stazione appaltante ha dichiarato che *non esiste*; ogni altra questione attinente la natura della seduta in contestazione e le determinazioni ivi prese dai commissari di gara esula dall'oggetto del giudizio sull'accesso.

In conclusione:

-l'appello, in parziale riforma dell'appellata ordinanza, va accolto limitatamente alla domanda subordinata come sopra specificata;

-le spese processuali dei due gradi seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo nei rapporti tra la ricorrente e la Provincia di Rimini, per l'omessa adeguata valutazione da parte della stazione appaltante delle ragioni di opposizione del RTI aggiudicatario;

-nei rapporti con quest'ultimo sussistono invece giusti motivi di compensazione delle spese, considerata la parziale fondatezza dell'opposizione all'accesso.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), decidendo sull'appello in epigrafe indicato, lo accoglie limitatamente alla domanda subordinata ed, in riforma dell'ordinanza appellata, ordina alla Provincia di Rimini l'ostensione dei dati specificati in motivazione.

Condanna la Provincia di Rimini al pagamento delle spese dei due gradi di giudizio, che liquida, in favore della ricorrente, nell'importo complessivo di € 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori come per legge; compensa le spese tra la ricorrente e le altre parti.

