

Il diritto di accesso e la tutela del know how: un delicato equilibrio nel settore degli appalti

di Marco Natoli

Data di pubblicazione: 23-10-2023

La generale legittimazione dell'esercizio del diritto di accesso difensivo deve essere negata in un particolare momento. Ossia quando il compimento dell'attività di tutela possa essere finalizzata alla conoscenza di specifiche competenze industriali o commerciali in possesso dell'operatore economico controinteressato. Nel caso di specie l'autorizzazione all'apprendimento di tali dati avrebbe determinato l'inevitabile violazione di tutte quelle caratteristiche strettamente connesse alle qualità della parte contro interessata. In tal modo si sarebbe arrecato concretamente un danno a quest'ultima, con l'apprendimento dei segreti, industriali o commerciali, della medesima parte. Bene, di conseguenza, ha operato l'Amministrazione nel negare l'esercizio del predetto diritto di accesso.

A tal proposito si rammenta che la costante giurisprudenza ha sempre escluso l'accesso proprio per quella parte dell'offerta che rappresenta il 'Know how' del singolo concorrente. Infatti con tale termine si intende l'insieme di quelle conoscenze professionali, che permettono allo stesso interveniente alla gara pubblica di essere notevolmente competitivo nel mercato di riferimento.

Nel settore degli appalti pubblici un argomento di rilievo è il rispetto della parità di trattamento dei concorrenti.

Come è noto, in caso di esclusione da una selezione pubblica, la parte estromessa ha il diritto di accedere agli atti della gara. Ciò al fine di pervenire a conoscenza degli argomenti che possono essere utili al fine difensivo.

Tuttavia in tale contesto deve essere garantita, come ricordato, la posizione degli altri partecipanti; infatti l'ostensione dei documenti richiesti è soggetta a specifiche limitazioni.

Invero la richiesta indiscriminata di tutta la documentazione, in possesso dell'aggiudicatario, non può essere accolta.

Tali principi rilevano nella sentenza in esame.

I criteri individuati sono essenziali in quanto le contrapposizioni delle parti potrebbero avere ricadute negative nel settore delle gare pubbliche; in particolare, negli appalti concernenti le grandi opere infrastrutturali (come, ad esempio, la realizzazione del ponte sullo stretto di Messina).

È evidente che proprio in lavori altamente specializzati le imprese interessate

all'aggiudicazione sono titolari di comprovate e qualificate competenze, che rappresentano il *Know how* degli operatori economici.

Pertanto si crea un delicato rapporto tra ricorrente e resistente, in relazione al quale i giudici trovano una motivata risposta, esaltando l'importanza delle differenti posizioni.

Nel concreto, da una parte la difesa dei segreti commerciali e tecnici che contraddistinguono il nucleo dell'offerta tecnica; dall'altra la salvaguardia delle posizioni difensive del soggetto che si contrappone alla predetta aggiudicazione. Resistenza che si manifesta nel ricorso a mezzi come l'*accesso civico generalizzato* e l'*accesso difensivo*.

A tal proposito si ricorda che la normativa in materia di appalti richiama espressamente il diritto di accesso, da esercitare nel rispetto delle disposizioni previste dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 (*art. 53, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i.*).

Contestualmente tale articolo 53, al comma 5, lett. a, individua i limiti al compimento della predetta ostensione; più precisamente, gli atti non possono essere mostrati quando i medesimi "*costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali*".

Quindi, in base a quanto emerso, la Sezione afferma che l'accesso è giustificato solo in presenza di una *situazione giuridicamente tutelata*.

Tuttavia tale stato giuridico non deve essere collegato ad un astratto modello legale, ma lo stesso deve essere strettamente connesso al documento esistente. Infatti solo in questo modo si crea un "*nesso di strumentalità*" tra il richiamato diritto di accesso e la situazione giuridica finale, da accertare mediante un giudizio prognostico *ex ante*.

Momento giuridico finale che, come giustamente rilevano i magistrati, sia non solo riferibile direttamente al richiedente, ma, anche e soprattutto, concretamente e obiettivamente incerto e controverso tra le parti.

In sostanza- precisa il Collegio- deve sussistere una *crisi di cooperazione*, quanto meno da pretesa contestata, non essendo sufficiente un dubbio meramente ipotetico e subiettivo.

Quanto sopra, sempre nel rispetto di un giudizio sull'interesse legittimante, ancorato ai canoni della *immediatezza, concretezza e attualità*.

LEGGI LA SENTENZA

Pubblicato il 18/09/2023

N. 08382/2023REG.PROV.COLL.

N. 02851/2023 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2851 del 2023, proposto da La Linea 80 S.c.a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Marascio e Stefano Genovese, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Treviso, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Sebastiano Tonon e Mario Ettore Verino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Autoguidovie s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Laura Pelizzo e Maurizio Zoppolato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Maurizio Piero Zoppolato in Roma, via Properzio n.5;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) n. 00166/2023, resa tra le parti, per l'annullamento:

- della nota prot. n. 53179 del 14.9.2022 (doc. 1) con cui la Provincia di Treviso - Ente di Governo del bacino territoriale del trasporto pubblico locale di Treviso - ha opposto il diniego parziale all'accesso agli atti relativamente all'offerta tecnica presentata dalla Autoguidovie per la partecipazione alla "*procedura negoziata a doppio oggetto per l'individuazione di un nuovo socio di MOM s.p.a. con specifici compiti operativi a cui attribuire il 30% del capitale sociale,*

anche mediante sottoscrizione di aumento di capitale riservato, ed affidamento in concessione a MOM s.p.a. di servizi TPL urbani ed extraurbani nel bacino della provincia di Treviso”;

- di ogni altro atto precedente, conseguente e/o comunque collegato ignoto ai deducenti.

e per l'accertamento:

del diritto della ricorrente ad esaminare e acquisire in copia i documenti relativi all'offerta tecnica della Autoguidovie relativamente alla procedura di gara CIG 921883574D della Provincia di Treviso.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Treviso e della Autoguidovie s.p.a.;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2023 il Cons. Annamaria Fasano e uditi, per le parti, gli avvocati Pecorilla, in sostituzione degli avvocati Marascio e Genovese per dichiarata delega, e gli avvocati Verino e Pelizzo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Provincia di Treviso, in data 23 dicembre 2018, indiceva una gara c.d. 'a doppio oggetto', per la selezione sul mercato di un socio privato cui affidare i compiti operativi di gestione del servizio di trasporto pubblico locale urbano ed extraurbano su gomma del bacino, a cui attribuire il 30% del capitale sociale per un valore complessivo di investimento per la sottoscrizione/acquisto dei titoli azionari, a base d'asta, di euro 11.491.683, 00.

Il bando era stato impugnato dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Veneto che aveva respinto il ricorso con sentenza n. 98 del 2020. La successiva gara andava deserta, atteso che tutti gli operatori invitati non presentavano alcuna offerta.

La Provincia di Treviso indiceva, pertanto, una procedura negoziata ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. a) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, invitando gli stessi operatori, che avevano già precedentemente manifestato interesse, a presentare la propria candidatura alle stesse condizioni di cui alla lettera di invito del 2019.

Alla procedura negoziata partecipava solo la società Autoguidovie s.p.a. (in seguito anche Autoguidovie), unica offerente, a cui veniva aggiudicata la procedura.

2. La società La Linea 80 S.c.a r.l. (in seguito anche La Linea 80), che era stata invitata ma non aveva partecipato alla gara, in data 19 agosto 2022, presentava all'Amministrazione una domanda di accesso, assumendo che la richiesta veniva proposta, ai sensi della legge n. 241 del 1990, sia ai fini difensivi, sia come accesso civico generalizzato. L'istante chiedeva l'ostensione di tutta la documentazione di gara.

L'Amministrazione accoglieva la domanda di accesso, compresa l'offerta economica di Autoguidovie, differendo l'accesso al contratto al momento della stipula. Veniva negato solo l'accesso all'offerta tecnica, stante l'opposizione di Autoguidovie, sulla base del rilievo che La Linea 80 non aveva dimostrato la sussistenza di un interesse *“specifico, concreto e attuale ad accedere alla documentazione tecnica, né ha specificato l'azione in giudizio che intenderebbe intraprendere alla luce della documentazione richiesta (tanto più che la richiedente stessa non risulta abbia chiesto di partecipare alla procedura competitiva, seppure previamente invitata)”*.

Le ragioni del diniego riguardavano anche la necessità di assicurare la tutela del *‘Know how’* dell'impresa, atteso che, ai sensi dell'art. 5 bis del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, doveva *“darsi prevalenza alla tutela del segreto commerciale sull'interesse al controllo democratico all'azione amministrativa”* esercitabile con l'accesso civico.

3. La Linea 80 impugnava il diniego parziale di accesso dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, chiedendo l'accertamento del diritto di acquisire copia dell'offerta tecnica presentata da Autoguidovie. La ricorrente lamentava la violazione dell'art. 53, comma 5, lett. a) e comma 6 del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché illogicità manifesta, in quanto doveva ritenersi, rispetto all'accesso difensivo, che le esigenze di riservatezza della controinteressata fossero recessive, mentre, con riferimento all'accesso civico generalizzato, evidenziava l'insussistenza di ragioni ostative.

La società riteneva, in quanto soggetto invitato a partecipare alla procedura, di rivestire un interesse qualificato a verificare la correttezza dell'offerta tecnica rispetto alle specifiche richieste della Provincia e dettagliatamente descritte nella lettera d'invito/disciplinare. Nello specifico, con riferimento al diritto di accesso proposto ai sensi della L. 241 del 1990 e dell'art. 53 d.lgs. n. 163 del 2006, deduceva che l'opposizione formulata dalla aggiudicataria risultava del tutto generica, sicché non si poteva ritenere il concetto di *Know-how* esteso anche all'intera offerta tecnica.

4. Il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, con sentenza n. 166 del 2023, respingeva il ricorso. Il Collegio di primo grado evidenziava che parte ricorrente aveva già ottenuto l'ostensione di tutti gli atti della procedura, con la sola esclusione degli atti relativi all'offerta tecnica dell'aggiudicataria *“di cui è una diretta concorrente nello stesso segmento di mercato, e si è limitata, nella domanda di accesso e negli atti difensivi, a delle generiche e non circostanziate affermazioni circa la sussistenza di esigenze difensive, volte ad ottenere una riedizione della gara, senza mai indicare nemmeno astrattamente quali rimedi giurisdizionali e*

non giurisdizionali intenderebbe esperire”.

Evidenziava, inoltre, l’oggettiva difficoltà della prospettazione di tali rimedi, tenuto conto che la parte ricorrente era stata solo invitata alla procedura di gara alla quale aveva deciso di non partecipare, e non aveva neppure impugnato il bando, con la conseguenza che, rispetto alla procedura, era un soggetto terzo, privo di legittimazione a proporre un eventuale ricorso.

5. La Linea 80 ha appellato la suddetta pronuncia, chiedendone l’integrale riforma e denunciando: “I) *Error in iudicando: sulla sussistenza dell’interesse all’accesso*; II) *Error in iudicando: sulla insufficienza dell’opposizione all’accesso. Omessa pronuncia*; III) *Error in iudicando: sul diritto all’accesso civico generalizzato”.*

6. La provincia di Treviso si è costituita in resistenza, chiedendo il rigetto dell’appello.

7. La società Autoguidovie s.p.a. si è difesa chiedendo la reiezione del gravame.

8. All’udienza dell’8 giugno 2023, la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

9. Con il primo mezzo, La Linea 80 lamenta *error in iudicando* della sentenza appellata, sostenendo la sussistenza del proprio interesse all’accesso, in ordine al quale alcuna censura è pervenuta nè dalla aggiudicataria, nè da parte dell’Amministrazione. Secondo l’appellante, il diniego opposto dall’Amministrazione sarebbe illegittimo, sicchè andrebbe riformata la statuizione del T.A.R. che ha ritenuto non dimostrato l’interesse strumentale del ricorrente, ciò in quanto l’istanza di accesso agli atti sarebbe stata presentata con la seguente motivazione *‘essendo la scrivente soggetto invitato alla procedura di gara e che non ha presentato offerta in quanto non ritenuta conveniente, al fine di verificare le condizioni economiche proposte dalla Autoguidovie, a seguito della successiva procedura negoziata indetta dopo che la prima gara a evidenza pubblica è risultata deserta’*, successivamente ribadita nell’istanza di annullamento in autotutela, laddove si è chiarito che *“sussiste evidente interesse della deducente ad acquisire anche l’offerta tecnica nella sua interezza della nuova procedura conclusa con l’offerta presentata dalla Autoguidovie anche e soprattutto al fine di rendere effettiva tutela giurisdizionale. Invero, posto che, si ribadisce, le condizioni economiche non risultano sostenibili, è interesse della deducente verificare che l’offerta tecnica proposta sia conforme alle richieste della Stazione appaltante onde, in caso contrario, gravare l’aggiudicazione al fine di ottenere la riedizione della gara a condizioni più congrue onde poter partecipare alla procedura di gara”.*

Con riferimento a tale aspetto, la società si duole del fatto che la motivazione del giudice di primo grado sia del tutto carente, essendosi limitata a puntualizzare che non sarebbe stato indicato *‘nemmeno astrattamente quali rimedi giurisdizionali o non giurisdizionali intenderebbe esperire’*, posto che, al riguardo, l’assunto secondo cui non sarebbe stato impugnato il bando *‘vuole provare troppo, atteso che nessuna censura avrebbe potuto muovere la deducente all’aggiudicazione se a seguito di accesso all’offerta tecnica fosse emersa piena corrispondenza tra il chiesto e l’offerto’.*

10. Con il secondo motivo, l'appellante denuncia che il T.A.R., nel respingere la richiesta di accesso 'strumentale' alla tutela in giudizio, avrebbe omesso di pronunciarsi, evidentemente ritenendo la questione assorbita, in ordine all'ammissibilità dell'opposizione formulata dalla aggiudicataria, circa la presunta tutela della segretezza della propria offerta tecnica. A tale riguardo, richiama l'indirizzo espresso dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (Cons. Stato, n. 64 del 2020; Cons. Stato, n. 1437 del 2021) secondo cui il limite all'ostensibilità è subordinato alla *'motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente'* circa la sussistenza di segreti tecnici o commerciali che devono essere precisi ed espliciti. L'esponente eccepisce che dal combinato disposto del comma 6 dell'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016 emergerebbe l'introduzione di una deroga alla regola dell'esclusione fissata in linea generale dal comma 5 (lettera a) per cui, nel previsto bilanciamento tra accesso e riservatezza, l'accesso (alle informazioni contenenti segreti tecnici o commerciali) sarebbe comunque consentito *'ai fini della difesa in giudizio'* degli interessi vantati dal concorrente in relazione alla procedura di affidamento del contratto pubblico.

La sentenza, pertanto, sarebbe errata nella parte in cui si è ritenuto che l'interesse non sarebbe stato adeguatamente chiarito, laddove un eventuale vizio avrebbe potuto essere dedotto solo a seguito della visione dell'offerta tecnica.

11. Con il terzo mezzo, si contesta che il T.A.R. avrebbe erroneamente ritenuto che l'accesso civico sarebbe stato soddisfatto mediante l'ostensione della documentazione amministrativa ed economica, mentre, con riferimento a tale tipologia di accesso, sarebbe del tutto fuori luogo il richiamo alla riservatezza (di un generico) *'Know how'* aziendale, non essendo chiarito, né in quale circostanza, né con riferimento a quale dei documenti richiesti, si sarebbe potuto mettere in pericolo il diritto alla riservatezza di specifiche competenze tecniche a corredo dell'offerta. A tale proposito, l'art. 5 *bis*, comma 2, del d.lgs. n. 33/2013 è chiaro nel consentire l'esclusione dell'accesso esclusivamente ove non sia possibile garantire *'la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia'*.

12. I motivi di ricorso, da esaminarsi congiuntamente in quanto logicamente connessi, sono infondati.

13. Il Collegio ritiene che alla soluzione della controversia debba pervenirsi richiamando i recenti approdi giurisprudenziali in tema di sussistenza dei presupposti per il diritto di accesso, sia con riferimento all'ammissibilità dell'accesso difensivo, sia con riferimento all'accesso civico generalizzato, in uno con la precisazione del rapporto esistente tra il diritto all'accesso e tutela della riservatezza del *'Know how'* aziendale.

13.1. Con l'istanza di accesso del 19.8.2022 La Linea 80 ha chiesto alla Provincia di Treviso l'ostensione di tutti gli atti della *'procedura negoziata a doppio oggetto per l'individuazione di un nuovo socio di MOM s.p.a. con specifici compiti operativi a cui attribuire il 30% del capitale sociale, anche mediante sottoscrizione di aumento di capitale riservato ed affidamento in concessione a MOM s.p.a. di servizi di TPL urbani ed extraurbani nel bacino della provincia di Treviso'* in ragione della seguente motivazione "essendo (...) soggetto invitato alla procedura di gara e che non ha presentato offerta in quanto ritenuta non conveniente, al fine di verificare le condizioni economiche proposte da Autoguidovie a seguito della successiva procedura

negoziata indetta dopo che la prima gara a evidenza pubblica è risultata deserta' e 'stante il generale interesse a verificare il corretto andamento della P.A.'.

La Provincia di Treviso, previa acquisizione dell'opposizione della controinteressata, ha accolto la richiesta di accesso all'intera documentazione di gara, compresa l'offerta economica, con esclusione della sola offerta tecnica.

13.2. Le ragioni del diniego di ostensione dei documenti riguardanti l'offerta tecnica sono state le seguenti: *'in quanto la richiedente (...) non ha allegato e provato un interesse specifico, concreto e attuale ad accedere alla documentazione tecnica, né ha specificato l'azione in giudizio che intenderebbe intraprendere alla luce della documentazione richiesta (tanto più che la richiedente stessa non risulta abbia chiesto di partecipare alla procedura competitiva, seppure previamente invitata) (...). L'impresa controinteressata ha infatti comunicato la sua tempestiva e motivata opposizione, invero in relazione all'intera documentazione richiesta. Quanto alla documentazione tecnica, però, ha specificamente dichiarato che la stessa integra know-how dell'impresa stessa. Ai sensi dell'art. 5 bis d.lgs. n. 33/2013, deve dunque darsi prevalenza alla tutela del segreto commerciale sull'interesse al controllo democratico dell'azione amministrativa con specifico riferimento alla documentazione integrante l'offerta tecnica dell'aggiudicataria'.*

13.3. Orbene, con riferimento all'accesso difensivo ai sensi dell'art. 24, comma 7, della l. n. 241 del 1990, va rammentato che l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio, con le sentenze 25 settembre 2020, n. 19, n. 20 e n. 21, ha precisato che l'accesso difensivo è consentito, qualora la parte dimostri: a) la necessità (o la stretta indispensabilità) della conoscenza del documento in presenza di un 'nesso di strumentalità' tra il diritto all'accesso e la situazione giuridica 'finale' da accertare mediante un giudizio prognostico *ex ante*, nel senso che il documento richiesto è stimato necessario ad acquisire elementi di prova in ordine ai fatti – principali e secondari – integranti la fattispecie costitutiva della situazione giuridica finale controversa e delle pretese astrattamente azionabili in giudizio; in relazione a tale condizione l'Adunanza Plenaria ha ulteriormente chiarito che: b) è richiesto che la situazione soggettiva 'finale', direttamente riferibile al richiedente, sia 'concretamente e obiettivamente incerta e controversa tra le parti', per essere in corso un 'crisi di cooperazione', quanto meno da pretesa contestata, non essendo sufficiente un'incertezza meramente ipotetica e subiettiva, anche se non sia ancora pendente un processo in sede giurisdizionale; c) al fine di verificare la corrispondenza tra la situazione (sostanziale) giuridicamente tutelata ed i fatti (principali e secondari) cui la stessa fattispecie si compone, l'interprete è tenuto a operare, 'in termini di pratica sussunzione', il raffronto tra la fattispecie concreta di cui la parte domanda tutela in giudizio e l'astratto paradigma legale che ne costituisce la base legale; d) il giudizio sull'interesse legittimante è ancorato inoltre ai canoni della 'immediatezza', 'concretezza' e 'attualità' (ai sensi dell'art. 22, comma 1, lett. d) l. n. 241 del 1990). L'istante è tenuto a dimostrare la corrispondenza, mediante la quale è circoscritto l'interesse all'accesso agli atti solo ad una situazione giuridicamente tutelata. Va, altresì, dimostrato il collegamento, nel senso che il legislatore richiede non solo che la situazione legittimante l'accesso sia corrispondente al contenuto di un astratto paradigma legale, ma sia anche collegata al documento in modo da evidenziare in maniera diretta ed univoca il nesso di strumentalità che avvince la situazione soggettiva finale al documento 'e per l'ottenimento del quale l'accesso

difensivo, in quanto strumentale, fa da tramite’.

L’Adunanza Plenaria n. 4 del 18 marzo 2021 ha precisato che deve escludersi il generico riferimento, nell’istanza di accesso, a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, riferibili ad un processo già pendente, oppure instaurando, laddove l’ostensione del documento richiesto dovrà comunque passare attraverso un rigoroso e motivato vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l’istante intende curare o tutelare.

Il Collegio condivide la soluzione di maggior rigore secondo deve esservi un giudizio di stretto collegamento (o nesso di strumentalità necessaria) tra documentazione richiesta e situazione finale controversa: la parte interessata, in tale ottica, dovrebbe allora onerarsi di dimostrare in modo intellegibile il collegamento necessario fra la documentazione richiesta e le proprie difese. Ciò anche attraverso una indicazione, anche espressa in modo sintetico, delle ‘deduzioni difensive potenzialmente esplicabili’ (Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2014, n. 2472).

L’onere della prova del suddetto nesso di strumentalità incombe, secondo i principi generali, su colui che agisce, ossia sul ricorrente richiedente l’accesso agli atti. In assenza di tale dimostrazione, la domanda di accesso, secondo l’indirizzo condiviso di questo Consiglio, finisce per tradursi nel tentativo ‘meramente esplorativo’ di conoscere tutta la documentazione versata agli atti di gara, come tale inammissibile (Cons. Stato n. 64 del 2020).

I principi espressi sono stati recentemente ribaditi da questa Sezione con sentenza n. 787 del 2023, da cui è emerso che, nelle ipotesi come quella per cui si procede, ne risulta, in buona sostanza, un sistema motivazionale c.d. ‘a doppia mandata’, una dell’istanza e una dell’opponente, che la Stazione appaltante sarà tenuta a ponderare ogniqualvolta emerga un potenziale contrasto tra riservatezza tecnica e necessità difensive. La pronuncia, ponendosi sul solco dell’ormai indirizzo consolidato della giurisprudenza amministrativa (*ex multis* Cons. Stato, n. 6463 del 2020; Cons. Stato n. 5167 del 2020; Cons. Stato n. 4220 del 2020; Cons. Stato n. 1451 del 2020; Cons. Stato n. 64 del 2020), ha ribadito che la ‘ratio’ sottesa alle previsioni di cui all’art. 53, comma 5, lett. a) del d.lgs. n. 50/2016 è quella di escludere dall’accesso ‘quella parte dell’offerta strettamente afferente al ‘*Know how*’ del singolo concorrente, costituito dalle competenze e dalle esperienze maturate nel tempo che consentono, al concorrente medesimo, di essere altamente competitivo nel mercato di riferimento’.

13.4. Avuto riguardo alla controdedotta esigenza di tutela di riservatezza, il Collegio osserva che, secondo il suddetto indirizzo giurisprudenziale, in occasione della disamina delle ragioni che giustificano una domanda di accesso, quelle legate alle esigenze di difesa del richiedente non prevalgono sempre e comunque su qualunque altro interesse, specie se contrapposto, giacchè invocato da chi, al contrario, deduce che, consentendosi l’accesso, si permetterebbe il disvelamento di dati tecnici contenuti nella documentazione richiesta che rappresentano ‘*Know how*’ dell’impresa controinteressata.

Nella specie, va rilevato che La Linea 80, pur avendo ottenuto accesso a tutta la

documentazione amministrativa di gara, nonché a tutti i verbali della commissione giudicatrice ed al provvedimento finale di aggiudicazione, non ha impugnato alcuno di tali atti, né ha allegato alle proprie istanze ragioni che avrebbero consentito di ritenere l'illegittimità della procedura.

Ne consegue che non è emersa in alcun modo una effettiva esigenza di difesa, né un indizio di prova riguardo al fatto che, in assenza dei documenti di cui si è negato l'accesso, non sarebbe stato possibile tutelare adeguatamente i propri diritti.

Le prospettazioni difensive dell'appellante, a tale riguardo, appaiono generiche e prive di specificità. Lo strumento attraverso il quale contemperare in concreto la contrapposizione di interessi innanzi descritta è costituito dal parametro della 'stretta indispensabilità' di cui all'art. 24, comma 7, secondo periodo, della l. n. 241 del 1990, posto che esso è quello che a livello legislativo viene considerato idoneo a giustificare la prevalenza dell'interesse di una parte, spinta dall'esigenza di difendere i propri interessi giuridici, rispetto all'interesse di un'altra parte, altrettanto mossa dall'esigenza di tutela della riservatezza.

L'insussistenza di tale presupposto è stata evidenziata correttamente dal Collegio di primo grado, il quale ha anche rilevato il difetto di interesse della società, giacché *'la parte ricorrente è stata solo invitata alla procedura alla quale ha deciso di non partecipare, e non ha neppure impugnato il bando e pertanto, rispetto alla procedura, è soggetto terzo, privo di legittimazione ad un eventuale ricorso'*.

La partecipazione alla procedura di gara è ritenuta costitutiva della legittimazione ad impugnare gli atti, con la conseguenza che l'operatore che non ha partecipato non è legittimato ad impugnare gli atti della procedura, ivi compresa l'aggiudicazione (Cons. di Stato, sez. V, 12 aprile 2021 n. 2924).

13.5. Anche le critiche riferite avverso il parziale diniego di ostensione, per essere stato escluso il diritto all'accesso civico generalizzato, non possono essere condivise.

La disciplina dell'accesso civico generalizzato, fermi i divieti temporanei o assoluti di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara, ma deve essere verificata la compatibilità di tale forma di accesso con le eccezioni enucleate dall'art. 5 bis, commi 1 e 2 del d.lgs. n. 33 del 2013, a tutela degli interessi – limite, pubblici e privati, previsti da tale disposizione, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza (Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 3 aprile 2020, n. 10).

In particolare, l'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 33 del 2013 consente l'accesso ai dati e documenti delle Amministrazioni, ma facendo comunque salvi i limiti *'relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5 bis'*, comma 2, lett c) del d.lgs. citato, che dispone *'l'accesso di cui all'articolo 5, comma 2, è altresì rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati: (...) c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali'*.

13.6. Da siffatti rilievi consegue che, nel caso in esame, l'Amministrazione ha correttamente negato il diritto di accesso, apparendo la richiesta avere la finalità di volersi giovare 'di specifiche competenze industriali o commerciali' detenute dalla società controinteressata, idonea a nuocere alla segretezza industriale o commerciale.

Va confermato, al riguardo, il costante orientamento giurisprudenziale (*ex multis* Cons. Stato, sez. V, 26 ottobre 2020, n. 6463; sez. V, 21 agosto 2020, n. 5167; sez. V, 1 luglio 2020, n. 4220; sez. V, 28 febbraio 2020, n. 1451), secondo cui la ratio dell'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016 consiste nell'escludere dall'accesso quella parte dell'offerta strettamente afferente al '*Know how*' del singolo concorrente, vale a dire l'insieme di conoscenze professionali, che consentono, al concorrente medesimo, di essere altamente competitivo nel mercato di riferimento.

Occorre evitare, mediante un uso distorto del diritto di accesso, che la partecipazione ai pubblici appalti si tramuti in una ingiusta forma di penalizzazione per il soggetto che, risolvendosi in tal senso, correrebbe altrimenti il rischio di assistere alla indiscriminata divulgazione dei propri segreti di carattere industriale e commerciale.

14. La Linea 80, pur essendo processualmente onerata, non ha né allegato, né dimostrato la sussistenza dei presupposti per l'accesso civico generalizzato, né ha provato che l'ostensione documentale è finalizzata alla difesa in giudizio dei propri interessi' (cosiddetto accesso difensivo), sicché le emergenze processuali non hanno consentito al Giudice di prima istanza di valutare la sussistenza della '*stretta indispensabilità*' della ridetta documentazione per apprestare determinate difese all'interno di uno specifico giudizio (che l'appellante non risulta avere in alcun modo proposto).

La sentenza impugnata, pertanto, non merita censura, in quanto il Collegio di primo grado ha condivisibilmente escluso ragioni di '*stretta indispensabilità*' nel rapporto tra accesso difensivo e tutela della segretezza industriale e commerciale, alla luce del diniego motivato dalla società controinteressata, la quale ha dichiarato che la documentazione di cui si è chiesta l'ostensione costituisce '*Know how*' aziendale, con tale precisazione enucleando valide ragioni di opposizione, sicché, a fronte di una richiesta non adeguatamente motivata dalla concorrente '*operante nel medesimo segmento di mercato che potrebbe oggettivamente giovare nella propria attività della conoscenza di dati riservati*', ha concluso per la legittimità del diniego.

15. In definitiva, l'appello va respinto, e la sentenza impugnata va confermata.

16. Le spese di lite del grado seguono il criterio della soccombenza e vanno liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la parte soccombente alla rifusione delle spese di lite del grado, che liquida in euro

1.000,00 (mille/00), a favore di ciascuna delle parti costituite, oltre accessori di legge se dovuti.

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

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore