

L'APERTURA DEI PLICHI DI OFFERTA PUO' AVVENIRE IN SEDUTA RISERVATA SE LA COMMISSIONE PROCEDE CONTESTUALMENTE ALLA LORO VALUTAZIONE

[Cons. Stato, sez. V, 14.9.2023 n. 8332](#)

Massime (segue testo)

<< si osserva che, se, in linea generale, la concreta applicazione del principio di pubblicità delle sedute di gara per l'aggiudicazione di contratti della Pubblica amministrazione deve essere calibrata in funzione dell'esigenza di garantire un'adeguata riservatezza a quelle attività implicanti valutazioni di natura tecnico discrezionale da parte della Commissione al fine di evitare influenze esterne sui giudizi resi, nel caso in esame, trattandosi di concessione per la gestione di un bene pubblico da affidarsi sulla base della sola valutazione della qualità dei progetti gestionale e tecnico (l'avviso pubblico non contemplava infatti una fase in seduta pubblica di verifica dei requisiti degli operatori economici partecipanti, salve le verifiche dell'Ente, prodromiche alla stipula del contratto, sulle dichiarazioni dell'aggiudicatario), l'apertura delle buste contenenti le proposte progettuali dei partecipanti è avvenuta, come si evince dal verbale del 19.12.2019, contestualmente alla loro valutazione (conformemente ai principi di continuità e concentrazione delle operazioni di gara) e, pertanto, correttamente tali attività sono state tutte espletate in seduta riservata, mentre la trasparenza e imparzialità sono garantiti dal verbale della seduta redatto dalla commissione>>

Pubblicato il 14/09/2023

N. 08332/2023REG.PROV.COLL.

N. 08126/2020 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA NON DEFINITIVA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 8126 del 2020, proposto da

Deborah Valente S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessio Giuseppe Antonio Colistra, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Alessio Giuseppe Colistra in Roma, via dei Giordani 27/C;

contro

Hispanitalia Hotels S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Vincenzo Epifanio, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;
Comune di Tropea, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Spataro, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria – sede di Catanzaro (sezione prima) n. 1033/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Hispanitalia Hotels S.r.l. e del Comune di Tropea;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2023 il consigliere Angela Rotondano e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società Deborah Valente S.r.l. presentava manifestazione di interesse *“all’assegnazione in concessione dell’immobile di proprietà comunale nell’ex area depuratore del Convento in località Marina di Rocca Nettuno”*, di cui all’avviso pubblicato in data 5.7.2019 dal Comune di Tropea, interessato a riqualificare l’area in questione per bonificarla ed al fine di destinarla *“a zona verde attrezzata a servizio delle strutture pubbliche limitrofe recuperando le volumetrie esistenti per uso servizi di uso pubblico ed attività annesse, parco urbano e verde urbano di riqualificazione urbana”*, nonché per adibirla *“allo svolgimento di attività a favore della collettività”* (cfr. art. 1 Avviso pubblico- *Finalità*).

2. Avverso gli atti della procedura selettiva (avviso pubblico e determinazioni con cui è stata nominata la commissione giudicatrice e omologato l’esito della valutazione) la predetta società, classificatasi seconda in graduatoria dopo la società Hispanitalia Hotels s.r.l., proponeva ricorso dinnanzi al T.a.r. Calabria- sede di Catanzaro, impugnando altresì in via incidentale ex art. 116 c.p.a. il diniego parziale di accesso agli atti della procedura, opposto dal Comune di Tropea.

2.1. Con le censure formulate la ricorrente lamentava:

a) l'illegittimità dell'intera procedura, dell'avviso pubblico e della determinazione dei criteri di valutazione delle offerte (per: - l'apertura della offerta in seduta riservata anziché pubblica; - la connotazione marcatamente soggettiva dei criteri di valutazione, incentrati sul soggetto più che sul contratto; - il fatto che la commissione avesse attribuito discrezionalmente i punteggi ai criteri stabiliti dall'avviso pubblico, prevedendo la valutazione con punteggio numerico, non previsto dalla *lex specialis* e, peraltro, illegittimo in assenza di giudizi, stante la genericità dei criteri contenuti nella *lex specialis*;

b) l'illegittimità del diniego di accesso alla documentazione progettuale aggiudicataria, a seguito di opposizione da parte della controinteressata all'ostensione dei relativi elaborati perché asseritamente "*contenenti segreti tecnici e commerciali*", con richiesta di condanna del Comune all'esibizione degli atti per poter coltivare le censure di illegittimità dei punteggi attribuiti.

3. Il giudizio di primo grado è stato definito con la sentenza indicata in epigrafe, resa in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm., con cui il Tribunale amministrativo, nella resistenza dell'Amministrazione comunale e della controinteressata, ha respinto il ricorso, ritenendo infondata anche l'istanza incidentale di esibizione degli atti, cui il Comune non aveva dato corso a seguito di opposizione ex art. 53 d.lgs. 50/2016 della controinteressata.

4. Avverso la sentenza di prime cure la società originaria ricorrente ha proposto il presente gravame articolato in quattro motivi di diritto, con cui ha riproposto le doglianze formulate in primo grado, comprese quelle volte a contestare il diniego parziale di accesso all'intera proposta progettuale della prima classificata, formulando contestuale istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza.

4.1. Si è costituito il Comune di Tropea, insistendo per il rigetto dell'appello.

4.2. Ha resistito all'appello anche la controinteressata.

4.3. Con ordinanza n. 6717/2020 il Collegio ha respinto l'istanza cautelare per carenza dei presupposti di *fumus* e *periculum*.

4.4. All'udienza pubblica del 9 marzo 2023, la causa è stata introitata per la decisione.

DIRITTO

5. I motivi di appello possono essere così sintetizzati.

5.1. Con il primo motivo l'appellante lamenta *“erroneità e contraddittorietà della sentenza appellata stante l'illegittimità dell'apertura delle buste in seduta riservata”*, deducendo *“Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost., dell'art. 1 della L. 241/1990 e degli artt. 4 e 17 del D.Lgs. n. 50/2016; violazione dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento e trasparenza, proporzionalità e pubblicità che governano le procedure di selezione; difetto di motivazione, ingiustizia manifesta e sviamento”*.

5.2. Col secondo motivo l'appellante sostiene che la sentenza sarebbe altresì erronea e contraddittoria anche nella parte in cui ha respinto la doglianza relativa alla sussistenza di criteri selettivi delle offerte meramente soggettivi, censurandola per *“violazione della lex specialis in merito alla determinazione ex post del punteggio associato ai singoli criteri di valutazione dell'offerta, violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 della Cost., per contrasto con i principi di imparzialità e buon andamento della P.A.; violazione dell'art. 1 L. 241/1990 e degli artt. 4 e 17 D.Lgs. n. 50/2016; violazione dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e pubblicità; eccesso di potere, illogicità, sviamento, ingiustizia, violazione del diritto di difesa”*.

5.3. Col terzo motivo l'appellante assume che la sentenza di prime cure sarebbe viziata per omessa pronuncia in riferimento alla dedotta illegittimità del verbale del 19.12.2019 per difetto di istruttoria e motivazione, in quanto in quella occasione la commissione esaminatrice ha stabilito autonomamente i punteggi da assegnare ai singoli criteri ed ha valutato le offerte sulla base di un punteggio scelto in modo arbitrario e non previsto dalla *lex specialis*, oltre che illegittimo perché espresso in

forma meramente numerica benché l'apparato di voci di cui alla disciplina di gara non fosse dotato della richiesta specificità.

5.4. Infine, con il quarto e ultimo motivo l'appellante critica la sentenza per non aver dichiarato illegittimo il diniego di accesso agli atti, lamentando *“violazione e falsa applicazione degli articoli 22 e 24 della legge 241/1990; violazione del diritto all'accesso difensivo; violazione del diritto di difesa ex art. 24 Cost. e violazione dei principi di imparzialità e buon andamento della P.A.; violazione e falsa applicazione degli artt. 4 e 17 D.Lgs. n. 50/2016; difetto di istruttoria, difetto e/o carenza di motivazione; eccesso di potere; travisamento; in via subordinata, violazione e falsa applicazione dell'art. 53 del D.Lgs. n. 50/2016”*.

6. La questione concernente l'illegittimità della procedura oggetto di causa per l'apertura dei plichi contenenti le offerte in seduta riservata, riproposta dall'appellante con il primo motivo di impugnazione, viene decisa con la presente sentenza non definitiva, con la quale si provvede anche sull'istanza di accesso alla proposta progettuale aggiudicataria, formulata con il quarto motivo.

7. Preliminarmente, va dichiarata infondata, limitatamente alle doglianze esaminate in questa sede, l'eccezione di inammissibilità per violazione del dovere di specificità delle censure ex art.101, comma 1, c.p.a. sollevata dalle parti resistenti.

7.1. Con i motivi in esame l'appellante rivolge critiche specifiche al percorso logico e motivazionale seguito dal giudice di prime cure, non limitandosi alla mera generica riproposizione delle questioni e delle domande articolate in primo grado, bensì sviluppando una precisa confutazione delle statuizioni della sentenza impugnata, indicando le ragioni per le quali le conclusioni, cui il primo giudice è pervenuto, non sono condivisibili.

7.2. Quanto al mancato superamento della prova di resistenza in uno alla contestata concretezza dell'interesse, con riferimento all'istanza di ostensione degli elaborati della società vincitrice, anche tale eccezione di inammissibilità del gravame è

infondata per le ragioni esposte nella disamina del quarto motivo di appello cui si rinvia.

8. Procedendo all'esame nel merito delle doglianze, il primo motivo di appello è infondato.

8.1. L'appellante lamenta la violazione nella procedura svolta dal Comune di Tropea dei principi di pubblicità e trasparenza perché gli adempimenti concernenti la verifica dell'integrità dei plichi contenenti le offerte non si sono svolti in seduta pubblica, ma riservata (in particolare, a sostegno della tesi, l'appellante richiama la decisione di Cons. Stato, Ad. Plen. 1/2013 e i principi di diritto ivi affermati).

8.2. Aggiunge poi che la necessità che si svolga in seduta riservata la valutazione delle offerte tecniche non implicherebbe che con le stesse modalità debba svolgersi anche la fase di apertura delle buste contenenti tali offerte. Non vi sarebbe, di conseguenza, alcuna ragione per applicare il risalente orientamento giurisprudenziale posto dal Tribunale a fondamento della decisione.

8.2. Gli argomenti dell'appellante non sono condivisibili, mentre sono corrette le statuizioni della sentenza impugnata.

8.3. Ed infatti, come evidenziato dal primo giudice:

- per un verso, l'affidamento ha ad oggetto la concessione di un bene immobile del Comune, riconducibile nel novero dei contratti attivi che non soggiacciono alle regole del codice dei contratti pubblici, ma solo ai principi generali dell'azione amministrativa di cui all'art. 4 dello stesso codice (economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica);

- per altro verso, la procedura contemplava la presentazione della sola proposta progettuale (progetto gestionale e tecnico), il che, se consente di non estendere alla fattispecie, date le sue peculiarità, le regole di apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche previste dal medesimo codice dei contratti, non rende neanche

irragionevole applicare quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui le ragioni di economicità di apertura e valutazione nella stessa seduta dell'offerta ne giustificano l'apertura in seduta riservata, essendovi necessità di pubblicità delle sedute solo per la adozione di decisioni suscettibili di riverberarsi sulla partecipazione o meno dei concorrenti alla procedura, mentre nei restanti casi la trasparenza è garantita dal verbale di commissione (v. tra le altre Consiglio di Stato, sez. V, 13 ottobre 2010, n. 7470).

8.4. Invero, nelle procedure che, come quella per cui è causa, sfuggono all'applicazione del D.Lgs. n. 50/2016, *“il mero richiamo ai principi di pubblicità delle gare pubbliche non comporta che tutte le attività debbano svolgersi necessariamente in seduta pubblica a prescindere da specifiche disposizioni che lo prevedano”* (Cons. Stato, sez. V, 24 febbraio 2020, n. 1377; Cons. St., sez. III, 6 agosto 2018 n. 4833).

8.5. Per converso, come dedotto dalla difesa dell'Amministrazione, il principio di trasparenza è stato qui soddisfatto dalla pubblicità del procedimento, vale a dire dalla pubblicazione di un avviso contenente le informazioni necessarie per individuare il concessionario del bene immobile all'esito di una procedura atta ad assicurare, mediante un interpello del mercato, il confronto competitivo tra più soggetti offerenti.

8.6. La questione può dunque essere definita già con il richiamo decisivo all'inesistenza per la fattispecie di previsioni specifiche che impongano per questo tipo di gare l'apertura delle buste tecniche in seduta pubblica.

8.7. Inoltre, si osserva che, se, in linea generale, la concreta applicazione del principio di pubblicità delle sedute di gara per l'aggiudicazione di contratti della Pubblica amministrazione deve essere calibrata in funzione dell'esigenza di garantire un'adeguata riservatezza a quelle attività implicanti valutazioni di natura tecnico discrezionale da parte della Commissione al fine di evitare influenze esterne sui giudizi resi, nel caso in esame, trattandosi di concessione per la gestione di un bene

pubblico da affidarsi sulla base della sola valutazione della qualità dei progetti gestionale e tecnico (l'avviso pubblico non contemplava infatti una fase in seduta pubblica di verifica dei requisiti degli operatori economici partecipanti, salve le verifiche dell'Ente, prodromiche alla stipula del contratto, sulle dichiarazioni dell'aggiudicatario), l'apertura delle buste contenenti le proposte progettuali dei partecipanti è avvenuta, come si evince dal verbale del 19.12.2019, contestualmente alla loro valutazione (conformemente ai principi di continuità e concentrazione delle operazioni di gara) e, pertanto, correttamente tali attività sono state tutte espletate in seduta riservata, mentre la trasparenza e imparzialità sono garantiti dal verbale della seduta redatto dalla commissione.

8.8. Al riguardo, peraltro, parte appellante si limita a prospettare un astratto ed eventuale pericolo di alterazione o manipolazioni dei plichi, senza supportare le sue ipotetiche congetture con elementi concreti, idonei a fornire un principio di prova contraria, anche solo a livello meramente indiziario, sull'integrità dei plichi contenenti le offerte, attestata nel verbale della seduta (cfr. verbale del 19.12.2020, in cui si dà atto che *“sono pervenuti n. 3 plichi idoneamente sigillati e rispettivamente:...”* e dell'apertura delle buste, descrivendo la documentazione ivi allegata).

8.9. In conclusione, il primo motivo di appello va respinto.

9. Il quarto motivo è, invece, fondato e deve essere accolto.

9.1. In via incidentale l'odierna appellante ha impugnato il diniego di accesso agli atti della procedura in questione, in quanto il Comune di Tropea ha ritenuto non ostensibili – sulla scorta del segreto tecnico e commerciale opposto dalla controinteressata - tutti gli atti (progetto gestionale, progetto tecnico, elaborati e relazioni) prodotti dalla prima classificata e facenti parti della sua offerta.

9.2. La sentenza di primo grado ha respinto l'impugnazione osservando che: *“stante l'infondatezza dei motivi relativi all'espletamento della procedura, appare non rilevante ai fini della decisione la richiesta incidentale di ostensione degli atti progettuali dell'aggiudicataria”*, in

quanto *“rilevando l'esibizione per presunte illegittimità nella valutazione delle offerte viene in rilievo il difetto di superamento della prova di resistenza alla luce del notevole divario tra prima e seconda classificata (41 punti), della mancanza di censure sul proprio punteggio penalizzato dalla omissione della ricorrente dell'indicazione dei tempi progettuali ed esecutivi dell'opera (con impossibilità di attribuire alla ricorrente i relativi 15 punti), nonché ai noti limiti di sostituibilità del giudizio tecnico”*.

9.3. Le statuizioni, testualmente riportate, non sono corrette.

9.4. Le censure di parte appellante si rivolgono avverso le note comunali prot. n. 2757 del 7.02.2020 e prot. n. 4264 del 27.2.2020 con cui l'Amministrazione ha fatto proprie le “giustificazioni” opposte dall'operatore economico controinteressato all'ostensione ed estrazione di copie degli elaborati inerenti la proposta progettuale presentata in quanto *“ritenute contenenti segreti tecnici e commerciali”*.

9.4.1. In particolare, con la prima delle note indicate il Comune ha invitato la società a *“procedere all'esame della documentazione di gara fornita, al fine di verificare e dimostrare il “nesso di strumentalità” tra le informazioni richieste in sede di accesso, e ad oggi differite, e le censure che intendesse formulare in sede di ricorso ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto”*, e ciò in dichiarata adesione *“all'interpretazione giurisprudenziale secondo cui la disposizione di cui all'art. 53 D.Lgs. 50/2016 deve essere coordinata con la previsione generale di cui all'art. 24, comma 7, della L. n. 241/1990, riconducendo i segreti tecnici o commerciali alla categoria dei dati sensibili e ritenendo dunque applicabile il criterio della stretta indispensabilità”*.

9.4.2. Con la seconda nota il Comune ha poi precisato la propria richiesta circa la verifica del nesso di strumentalità tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le eventuali censure da formularsi, in sostanza domandando alla società di evidenziare che *“accedendo a quelle parti dell'offerta dell'aggiudicatario coperte da segreto avrebbe astrattamente potuto formulare delle censure idonee a sovvertire gli esiti della gara”*, verificando cioè *“se il punteggio assegnato agli elementi di valutazione dichiarati coperti dal segreto è inferiore allo scarto registrato tra l'offerta dell'aggiudicatario e quello del secondo classificato”*.

9.5. Rispetto a tali dinieghi e alle statuizioni di prime cure che hanno omesso di dichiararne l'illegittimità, parte appellante lamenta, essenzialmente, la violazione e falsa applicazione dei principi che regolano l'istituto dell'accesso agli atti, di cui agli artt. 22 e 24, comma 7 della legge n. 241/1990 e, in subordine, ove dovesse ritenersi applicabile alla fattispecie, della disposizione richiamata dal Comune di cui all'art. 53 del decreto legislativo n. 50/2016.

9.5.1. Deduce l'insufficienza delle "giustificazioni" opposte dall'operatore economico controinteressato in ordine alla secretazione dell'intero progetto tecnico-gestionale, acriticamente recepita dall'Amministrazione (difetto di motivazione), la quale avrebbe *"immotivatamente respinto la richiesta di accesso trincerandosi dietro una errata ed inconferente applicazione dell'articolo 53 del D.lgs. n.50/2016"*.

Contesta l'assenza di validi motivi adottati dal aggiudicatario a sostegno delle avanzate ragioni di segretezza e di riservatezza riguardo ai segreti tecnici e commerciali contenuti nell'offerta da sottrarre all'ostensione e, di conseguenza, l'assoluta assenza di una valutazione in concreto del portato di dette giustificazioni da parte dell'Amministrazione.

Lamenta che la totale secretazione del progetto tecnico-gestionale impedisce qualsiasi valutazione rispetto alla correttezza e alla legittimità dei punteggi attribuiti, dando luogo alla aperta e conclamata violazione del suo diritto di difesa, esercitabile solo all'esito della piena conoscenza dell'offerta della società controinteressata.

9.5.2. Deduce che il limite della *"stretta indispensabilità"* del documento ai fini defensionali è destinato ad operare nel caso in cui la specifica documentazione di gara richiesta contenga informazioni costituenti segreto tecnico-commerciale: ove non ricorra tale presupposto e comunque in ragione dell'inapplicabilità al caso in esame - concernente l'affidamento in concessione di un bene del patrimonio comunale (rientrante tra le ipotesi testualmente escluse dal codice dei contratti pubblici ai sensi e per gli effetti del combinato disposto degli articoli 4 e 17, comma

1, lett. a) del D.lgs. n.50/2016) - della disciplina che regola l'accesso agli atti della procedura di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici (art. 53 D.Lgs. 50/2016), tornerà ad applicarsi il regime ordinario in tema di accesso, fondato sul criterio -più ampio- della mera strumentalità della documentazione richiesta alla *“tutela di interessi giuridicamente rilevanti”*.

9.5.3. Rammenta che, ai sensi dell'art. 24, comma 7, legge 241 del 1990 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”*, diritto che subisce una limitazione nel solo caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, per i quali *“l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile”*, laddove nel caso di specie non potrebbe dubitarsi della *stretta indispensabilità* del chiesto accesso documentale ai fini dell'eventuale tutela in giudizio.

9.5.4. Afferma, inoltre, che la necessaria valutazione dell'effettiva portata della proposta progettuale del controinteressato potrebbe sicuramente giustificare un ridimensionamento sensibile del punteggio che gli è stato attribuito, idoneo a sovvertire gli esiti della gara, e invoca il suo interesse diretto, concreto e attuale in quanto operatore economico ritualmente partecipante, secondo graduato nella procedura selettiva in questione, ad acquisire la documentazione – tecnica e progettuale – prodotta dalla prima classificata e valutata dalla commissione giudicatrice, per tutelare i propri interessi in giudizio e ottenere l'aggiudicazione.

9.6. Le riassunte censure sono fondate, nei sensi e nei termini nel prosieguo indicati.

9.7. Secondo l'insegnamento della giurisprudenza, nell'ambito dell'accesso agli atti il nesso di strumentalità fra l'interesse all'accesso e la sua rilevanza - ai fini della proposizione di un eventuale giudizio - va inteso in senso ampio, in quanto la documentazione richiesta deve essere, genericamente, mezzo utile per la difesa dell'interesse giuridicamente rilevante, e non strumento di prova diretta della lesione di tale interesse.

9.7.1. Invero, secondo i più recenti approdi della giurisprudenza amministrativa (Cons. St., A.P., nn. 12 e 19 del 2020 e Sez. V, 22 luglio 2022, n. 6448), l'istituto dell'accesso documentale è “*costruito come situazione soggettiva strumentale per la tutela di situazioni sostanziali, a prescindere dalla qualificazione della situazione finale in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo*”.

Va poi, in via generale e salve le successive specificazioni, ribadita la tendenziale accessibilità di tutti gli atti della serie negoziale ad opera del partecipante alla procedura di gara, in quanto, “*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 sul suo interesse all'aggiudicazione*” (Consiglio di Stato, Sezione Quinta, 9 aprile 2019, n. 2331).

9.7.2. Deve poi, sempre in linea generale, rammentarsi che la necessità (o la stretta indispensabilità) della conoscenza del documento determina il *nesso di strumentalità* tra il diritto all'accesso e la situazione giuridica finale, nel senso che l'ostensione del documento amministrativo deve essere valutata, sulla base di un giudizio prognostico *ex ante*, come il tramite - in questo senso strumentale - per acquisire gli elementi di prova in ordine ai fatti (principali e secondari) integranti la fattispecie costitutiva della situazione giuridica finale controversa e delle correlative pretese astrattamente azionabili in giudizio. La delibazione è condotta sull'astratta pertinenza della documentazione rispetto all'oggetto della *res controversa* e non sull'astratta fondatezza delle censure che la conoscenza della suddetta documentazione permetterebbe all'istante di prospettare nel susseguente giudizio impugnatorio.

In altri termini, non può pretendersi che, al fine di dare riscontro a una richiesta di accesso, occorra preventivamente svolgere una impugnazione.

Ai sensi dell'art. 24, comma 7, L. n. 241 del 1990, l'accesso va poi in ogni caso garantito qualora sia strumentale alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti, indipendentemente dall'effettivo esercizio di un'azione giudiziale.

Tale prospettiva tende a valorizzare i tratti distintivi dell'istanza di accesso, relativa ad un bene della vita autonomo e meritevole di tutela indipendentemente dalle posizioni soggettive eventualmente lese dall'attività amministrativa.

9.7.3. Inoltre, va anche evidenziato, per quanto qui rileva, che non compete al giudice investito della domanda di accesso la delibazione (*incidenter tantum*) della ammissibilità o meno della (non ancora proposta) domanda di annullamento degli atti di gara.

9.7.4. D'altra parte, per quanto l'accesso obbedisca, nella situazione in esame, ad una logica eminentemente difensiva (in quanto preordinato alla acquisizione di documentazione rilevante ai fini della proposizione del ricorso giurisdizionale contro gli esiti della valutazione delle offerte), non va trascurato che la conoscenza degli atti della procedura, laddove l'istanza di accesso non si palesi pretenziosa, strumentale o meramente esplorativa, risponde anche ad una più comprensiva logica di trasparenza; ferma restando, perciò, la valutazione - del tutto eventuale e, comunque, rimessa ad altro giudizio - di inammissibilità del ricorso avverso gli atti di gara (in tal senso si veda anche Consiglio di Stato, Sezione Quinta, 21 marzo 2023, n. 2869).

9.7.5. Viceversa, al fine di esercitare il diritto di accesso riguardo a informazioni contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali (su cui si rinvia alle più approfondite riflessioni esposte da Cons. Stato, V, 7 gennaio 2020, n. 64 e Cons. Stato, sez. V, 1 luglio 2020, n. 4220) è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità (da riguardarsi, restrittivamente, in termini di *stretta indispensabilità*) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio.

In tal caso, rileva dunque il principio della indispensabilità conoscitiva quale snodo strumentale indefettibile per il concreto esercizio delle prerogative di difesa.

Una simile valutazione va effettuata in concreto e- nel bilanciamento tra il diritto alla tutela dei segreti industriali e commerciali ed il diritto all'esercizio del c.d. "accesso difensivo"- verte, in particolare, sull'accertamento dell'eventuale nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate (Consiglio di Stato, Sezione Quinta, 31 marzo 2021, n. 2682), attraverso una "*sia pur minima indicazione delle deduzioni difensive potenzialmente esplicabili*", incombendo l'onere della prova, secondo il consueto criterio di riparto, su colui che agisce, ossia sul ricorrente e, in sede procedimentale, sul richiedente l'accesso agli atti (Consiglio di Stato, Sezione Terza, 1° agosto 2022, n. 6750; per analoghe considerazioni, Consiglio di Stato, Sezione Quinta, 20 gennaio 2022, n. 369).

Giova, infine, evidenziare, per quanto di interesse che nelle ipotesi in cui non risulta opposta l'incidenza ostativa di effettivi segreti tecnici o commerciali, si deve fare riferimento al comma 1 del medesimo art. 53, che rinvia all'art. 22 e ss. l. 241/90 - per quanto non espressamente derogato dal medesimo codice dei contratti pubblici - e dunque alla normativa generale sul diritto di accesso.

Sicché soltanto qualora si sia in presenza di segreti tecnici o commerciali occorre far capo al criterio normativo del bilanciamento ex art. 53, comma 6 e al principio della stretta indispensabilità conoscitiva, mentre, laddove detti segreti non sussistano, riprendono vigore i generali principi di trasparenza e pubblicità dell'azione amministrativa (Consiglio di Stato, Sezione Quinta, 27 marzo 2020, n. 2150).

9.8. Alla luce delle sopra indicate coordinate ermeneutiche, i dinieghi all'accesso documentale opposti dal Comune di Tropea sono illegittimi.

9.8.1. In primo luogo, contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, quando il ricorso contro il diniego di accesso agli atti è proposto in via incidentale (art. 116 c.p.a.), la sua valutazione non è legata alla fondatezza o meno del ricorso principale.

9.8.2. In secondo luogo, nel caso di specie, l'appellante ha dimostrato il (generale) nesso di strumentalità tra l'offerta tecnica e la tutela dei propri interessi in giudizio,

segnatamente per coltivare le censure concernenti i punteggi attribuiti alle offerte, mentre, non essendo state eccepitate dalla controinteressata situazioni giuridiche idonee a limitare tale diritto (a parte quanto si dirà sull'opposto segreto tecnico o commerciale), non vi era alcun obbligo per l'appellante di dimostrare la c.d. *stretta indispensabilità*; né l'amministrazione, dal canto suo, poteva operare alcun apprezzamento in ordine alla fondatezza o all'ammissibilità dell'eventuale domanda giudiziale proposta dall'interessato sulla base dei documenti acquisiti.

9.8.3. In proposito, è dirimente osservare che la pretesa strumentale dell'operatore economico istante si regge su di una posizione soggettiva differenziata e qualificata derivante dalla sua rituale partecipazione alla gara *de qua* e dalla sua collocazione in graduatoria in posizione non utile ed è assistita da un interesse personale, attuale e concreto, consistente nell'utilità, dichiarata in ricorso ed evincibile dalla *causa petendi* nonché dalle spiegate istanze di accesso, di ottenere la caducazione dell'aggiudicazione e la rimodulazione *in peius* del punteggio ottenuto dalla prima graduata nonché il conseguente affidamento della concessione a suo favore.

9.8.4. Risulta, quindi, di per sé obiettivamente percepibile l'interesse conoscitivo alla base della pretesa ostensiva, evidentemente funzionale a soddisfare un'esigenza tutt'altro che eventuale ed esplorativa, e cioè a verificare, attraverso la conoscenza diretta dei contenuti dell'offerta tecnica controinteressata, la congruenza e la correttezza dei punteggi a questa assegnati dalla Commissione.

Nel caso di specie non è allora dubitabile l'attinenza della documentazione richiesta rispetto alle illustrate esigenze difensive: in particolare, l'appellante ha puntualmente dedotto che per i soli criteri A.1, A.2 e B.2 la proposta progettuale aggiudicataria ha ottenuto 42 punti, la cui decurtazione consentirebbe di colmare il divario di punteggio tra le offerte, evidenziando che solo visionando i progetti e le relazioni prodotte potrà verificare il rispetto dei parametri di valutazione e, quindi, la correttezza dei punteggi assegnati.

9.8.5. Tanto comporta anche l'irrilevanza dei rilievi opposti dall'Amministrazione e dalla controinteressata in ordine all'omessa prova di resistenza (da fornire eventualmente nel diverso giudizio impugnatorio, non potendo anticiparsi in questa sede la valutazione sui punteggi attribuiti dalla commissione all'offerta tecnica dell'aggiudicataria) in uno alla concretezza dell'interesse.

9.9. Neanche l'applicazione al caso in esame della disciplina recata dalle disposizioni di cui all'art. 53 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (*"Accesso agli atti e riservatezza"*), nell'ambito delle procedure di affidamento di appalti pubblici, richiamata a fondamento dei dinieghi comunali impugnati, conduce a differenti conclusioni.

9.9.1. In linea generale, giova rammentare che tale norma, per un verso, rinvia alla disciplina generale sull'accesso documentale di cui alla legge n. 241/1990, stabilendo che, *"Salvo quanto espressamente previsto nel presente codice, il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241"* (comma 1); per altro verso al comma 5, lett. a), (con disposizione eccezionale e derogatoria e, quindi, di stretta interpretazione) esclude, per quanto di rilievo, il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione *"alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali"*.

9.9.2. Con tale disciplina il legislatore ha inteso escludere dall'ostensibilità propria degli atti di gara quella parte dell'offerta tecnica che riguarda specifiche e riservate capacità tecnico-industriali o commerciali dell'impresa partecipante (*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, che concorre a definire e qualificare la specifica competitività dell'impresa nel mercato aperto alla concorrenza.

9.9.3. Va, dunque, al riguardo precisato, quanto ai profili di rilevanza e tutela giuridica dell'interesse oppositivo che impinge nella tutela dei segreti tecnici o commerciali, che l'eccezione (in quanto tale, di stretta interpretazione) di cui al comma 5, lett. a) *“è posta a tutela della riservatezza aziendale, al fine di evitare che gli operatori economici in diretta concorrenza si servano dell'accesso per acquisire informazioni riservate sul know-how del concorrente, costituenti segreti tecnici e commerciali, e ottenere così un indebito vantaggio e ha una natura assoluta perché, nel bilanciamento tra gli opposti interessi, il legislatore ha privilegiato quello, prevalente, della riservatezza, a tutela di un leale gioco concorrenziale, delle caratteristiche essenziali dell'offerta quali beni essenziali per lo sviluppo e per la stessa competizione qualitativa, che sono prodotto patrimoniale della capacità ideativa o acquisitiva della singola impresa (Cons. St., sez. V, 7 gennaio 2020, n. 64), salva la necessità, per un altro concorrente, di difendersi in giudizio, unica eccezione all'eccezione ammessa (art. 53, comma 6, del d. lgs. n. 50 del 2016).”* (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, punto 27.6).

9.9.4. Il limite alla ostensibilità a quella parte dell'offerta relativa ai segreti tecnici e commerciali è poi espressamente 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 amministrazione 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.; negli stessi termini, si veda anche Cons. Stato, Sez. V 31 marzo 2021, n. 2714; Consiglio di Stato, Sezione III, cit., 1° agosto 2022, n. 6750).

La legge, infatti, non pone una regola di esclusione basata su una presunzione assoluta valevole *ex ante*, ma impone una valutazione in concreto dei motivi addotti a difesa del segreto, per modo che non venga ad essere sempre sacrificato il diritto di accesso del concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di selezione.

9.9.5. Come anticipato, la compressione di cui al comma 5 dell'art. 53 del D.Lgs. n. 50 del 2016 subisce poi una deroga al comma 6 (ai sensi del quale "*in relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a*), è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto") della medesima disposizione, prevedendo una riesplorazione e riaffermazione del diritto di accedere agli atti ai fini difensivi, che costituisce la regola prevista dalla disciplina generale in materia di accesso (art. 24, comma 7, L. n.241/1990); rispetto alla quale è recessiva e cedevole la pretesa salvaguardia dei segreti tecnici e commerciali, in coerenza con la rilevanza costituzionale del bene protetto (art. 24 della Costituzione).

9.9.6. Con riferimento al rapporto tra accesso difensivo e segreto tecnico commerciale, va poi anche rilevato che il diniego opposto dalla controinteressata - ovvero una mera valutazione di parte - non è idoneo di per sé solo a paralizzare l'accesso - neppure quando si eccepisca la sussistenza di segreti tecnico-commerciali - se non a fronte di una precisa e puntuale valutazione da parte dell'Amministrazione.

Infatti, la dichiarazione di sussistenza di un segreto commerciale o industriale deve essere oggetto di un autonomo e discrezionale apprezzamento da parte della stazione appaltante, sotto il profilo della validità e della pertinenza delle ragioni prospettate a sostegno dell'opposto diniego: si impone dunque alla stazione appaltante "*una motivata valutazione delle argomentazioni offerte, ai fini dell'apprezzamento della effettiva rilevanza per l'operatività del regime di segretezza*", in adempimento dell'obbligo di controllo della fondatezza della dichiarazione dell'impresa controinteressata circa la sussistenza di specifici ambiti di segretezza industriale e commerciale (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 16 febbraio 2021, n. 1437).

9.9.7. In definitiva, le esigenze di segretezza tecnica o commerciale sono meritevoli di tutela solo per le singole informazioni - da oscurare - sottoposte a tutela industriale o commerciale, che siano puntualmente e motivatamente indicate dall'impresa

controinteressata e valutate dall'amministrazione, in modo adeguatamente motivato e sulla base di un'ideale istruttoria.

9.9.8. Ciò posto, applicando gli illustrati principi al caso di specie, il Collegio è dell'avviso che l'esigenza di tutela del segreto tecnico o commerciale non consente di limitare o escludere l'accesso agli atti richiesto dall'appellante in quanto:

- è mancata una motivata valutazione compiuta dall'Amministrazione innanzitutto con riferimento alla effettiva sussistenza, nella documentazione richiesta, di segreti tecnico-commerciali, nel senso innanzi chiarito, tali da poter astrattamente paralizzare - in caso di omessa dimostrazione della stretta indispensabilità a fini difensivi - il diritto di accesso ai documenti amministrativi richiesti;

- poiché parte appellante ha presentato un'istanza di accesso agli atti "qualificata", per esigenze difensive, l'Amministrazione avrebbe potuto respingerla solo a fronte di un comprovato, oltre che motivato (specificamente) segreto tecnico commerciale, ovvero nel caso in cui gli atti richiesti non fossero in alcun modo attinenti - e non è questo il caso, per quanto sopra esposto - con l'esigenza di articolare una difesa in giudizio;

- è del tutto mancata la preliminare dimostrazione dell'esistenza del segreto (il cui onere probatorio incombe su colui che ne invoca la tutela al fine di impedire l'accesso), essendosi il controinteressato limitato ad asserire genericamente, con deduzioni poi semplicemente recepite dall'amministrazione, l'esistenza di segreti tecnici e commerciali contenuti negli elaborati di cui si è domandata l'ostensione, riferendola a tutta l'offerta e non a singole sue parti per le quali sarebbe stato necessario disporre l'oscuramento, e senza indicarne le effettive ragioni.

9.9.9. Ed infatti si osserva che:

- per un verso, l'opposizione della controinteressata ha genericamente investito l'intera proposta progettuale e non soltanto singole parti dell'offerta tecnica (come sarebbe stato necessario a norma dell'art. 53 citato), limitandosi alla indimostrata ed

assertiva enunciazione di un segreto tecnico o commerciale, senza fornire alcuna motivata e comprovata dichiarazione circa la sua effettiva esistenza; anche in questa sede la controinteressata, si è limitata ad ipotizzare astrattamente che se tali soluzioni venissero realizzate da altro operatore in aree limitrofe si metterebbe in discussione la stessa fattibilità economico finanziaria dell'intervento in questione, senza fornire a supporto delle proprie congetture alcuna concreta dimostrazione della sussistenza di informazioni costituenti specifici segreti tecnici o commerciali;

- dal canto suo, il Comune di Tropea, senza alcuna preliminare verifica circa l'esistenza e la veridicità del segreto in conformità ai richiamati principi, si è limitato a motivare il diniego parziale all'accesso difensivo richiesto dall'odierna appellante sulla base del mero richiamo ai generici riscontri oppositivi del controinteressato, onerando il richiedente di dimostrare il *“nesso di strumentalità tra le informazioni richieste in sede di accesso, ed ad oggi differite, e le censure che intendesse formulare in sede di ricorso ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto”*.

10. In definitiva, la documentazione (parzialmente) sottratta all'accesso attiene, dunque, all'oggetto della (eventuale e futura) *res controversa*, il che conferma, in linea generale, l'interesse di parte ricorrente a conseguire, per le finalità indicate (strettamente circoscritte all'eventuale impugnazione dell'aggiudicazione e alla contestazione del punteggio attribuito all'operatore economico primo graduato aggiudicatario), la completa ostensione degli atti della procedura selettiva, senza che sia richiesta alcuna preliminare deliberazione in merito alla fondatezza delle censure suscettibili di essere dedotte nel giudizio impugnatorio.

Sotto altro profilo, non poteva essere oscurato l'intero progetto gestionale ma solo parti e informazioni dell'offerta che andavano compiutamente indicati, con specifica e motivata esternazione delle ragioni correlate alla tutela del segreto industriale e commerciale.

In assenza di tali presupposti deve, allo stato, prevalere il diritto di difesa della società interessata.

11. In conclusione, il quarto motivo di appello va accolto, nei sensi e nei termini sopra esposti, con il conseguente accertamento dell'illegittimità del diniego parziale di cui alle note comunali impugnate e del diritto di parte appellante ad accedere alla documentazione richiesta con le istanze in questione nonché con la conseguente declaratoria dell'obbligo del Comune di Tropea di esibire la documentazione richiesta (progetto gestionale, progetto tecnico, elaborati e relazioni della società Hispanitalia Hotels s.r.l. presentati nell'ambito della procedura *de qua*); e tanto entro il termine di giorni trenta, decorrente dalla comunicazione della presente sentenza o dalla sua notificazione a cura di parte, se anteriore, fermo restando conseguentemente l'obbligo tassativo per il richiedente l'accesso di utilizzare i documenti acquisiti esclusivamente per la cura e la difesa dei propri interessi giuridici nell'ambito dell'eventuale instaurando giudizio.

12. Le spese della presente fase del giudizio saranno liquidate con la sentenza definitiva.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), non definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così provvede:

- respinge il primo motivo di appello;
- accoglie il quarto motivo di appello, nei sensi e nei termini di cui in motivazione, e, per l'effetto, ordina al Comune di Tropea di esibire la documentazione richiesta da parte appellante indicata in parte motiva, nel termine di giorni trenta, decorrente dalla comunicazione della presente sentenza o dalla sua notificazione a cura di parte, se anteriore.

Spese al definitivo.

Rinvia per il prosieguo della trattazione dell'appello ad udienza pubblica da fissare a data da destinarsi.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO