

Pubblicato il 07/02/2022

N. 00851/2022REG.PROV.COLL.
N. 00546/2021 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

sul ricorso in appello numero di registro generale 546 del 2021, proposto da S.A.L.C. s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Musenga e Davide Angelucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Fer s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Lolli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Villa Sacchetti, 11;

nei confronti

Costruzioni Edili Baraldini Quirino s.p.a., in proprio e in qualità di mandataria di Ati con Isofond s.r.l., Cospe Opere Speciali s.r.l., Cogest s.r.l., Opera s.c. a r.l., Studio Mattioli s.r.l., 2pigreco s.r.l., Iges World s.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Prima) n. 00712/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Fer s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 4 novembre 2021 il Cons. Alberto Urso e uditi per le parti gli avvocati Angelucci e Crismani, in sostituzione dell'avvocato Lolli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La S.A.L.C. s.p.a. risultava aggiudicataria della gara indetta con bando pubblicato sulla Guue il 25 marzo 2016 da Ferrovie Emilia-Romagna - Fer s.r.l. per l'affidamento della progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori relativi a interventi per la realizzazione del nuovo assetto dei trasporti ferroviari nel Comune di Ferrara e del collegamento diretto delle linee ferroviarie Rimini-Ferrara e Suzzara-Ferrara (1° stralcio, lotto 2).
2. A seguito di alcune varianti progettuali - indicate dalla S.A.L.C. come necessarie ai fini della realizzazione degli interventi, stante la dedotta difformità dei luoghi dalle risultanze del progetto definitivo - la Fer risolveva in danno il contratto stipulato con la stessa S.A.L.C. e affidava l'appalto *ex art.* 140 d.lgs. n. 163 del 2006 (*ratione temporis* applicabile alla fattispecie) al secondo classificato in graduatoria, il Rti capeggiato dalla Costruzioni Edili Baraldini Quirino s.p.a.
3. A fini difensivi in relazione alla vicenda contenziosa nata dalla suddetta risoluzione, la S.A.L.C. proponeva istanza d'accesso sugli elaborati inerenti alla progettazione esecutiva predisposti dal detto Rti, nonché sui correlati atti adottati dall'amministrazione nell'*iter* di approvazione.
4. A fronte del diniego opposto dalla Fer all'esito dell'opposizione della controinteressata Costruzioni Edili Baraldini, la S.A.L.C. proponeva ricorso *ex*

art. 116 Cod. proc. amm.

5. Il Tribunale amministrativo adito, nella contumacia dell'amministrazione e della controinteressata, respingeva il ricorso.

6. Avverso la sentenza ha proposto appello la S.A.L.C. deducendo:

I) *error in iudicando*: erronea valutazione e travisamento dei fatti; violazione e falsa applicazione dell'art. 140 d.lgs n. 163 del 2006. “*Sull’assoluta irrilevanza, in questa sede, dell’offerta economica presentata dal R.T.I. Costruzioni Edili Baraldini Quirino S.p.A. e, quindi, sull’insussistenza di esigenze di tutela della riservatezza*”;

II) *error in iudicando*: erronea valutazione dei fatti; sulla sussistenza dell'interesse diretto, concreto e attuale della S.A.L.C. ad accedere agli (e sull'indispensabilità degli) elaborati di progettazione esecutiva della Costruzioni Edili Baraldini Quirino e agli atti amministrativi e tecnici adottati da Fer nell'approvazione del relativo progetto esecutivo, nonché sull'illegittimità del diniego all'accesso opposto da Fer in quanto volto a celare documentazione già formata, di cui la stessa Fer era in possesso;

III) *error in iudicando*: violazione e falsa applicazione dell'art. 53, comma 5, lett. a) e comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016 ed erronea valutazione dei fatti; sull'insussistenza ed errata valutazione della tutela del *know-how* e della riservatezza dell'impresa controinteressata.

7. Resiste all'appello la Fer, chiedendone la reiezione, mentre nonostante regolare intimazione non s'è costituita in giudizio la Costruzioni Edili Baraldini Quirino.

8. Sulla discussione delle parti alla camera di consiglio del 4 novembre 2021, come da verbale, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Va preliminarmente esaminata l'eccezione con cui l'amministrazione deduce l'improcedibilità dell'appello per sopravvenuta carenza d'interesse in quanto l'appellante avrebbe frattanto acquisito *aliunde* il progetto esecutivo richiesto, predisposto dalla Costruzioni Edili Baraldini, come dichiarato dal consulente tecnico di parte nominato dalla stessa S.A.L.C. nell'ambito del

procedimento di accertamento tecnico preventivo svoltosi davanti al Tribunale civile di Bologna.

1.1. L'eccezione è infondata, atteso che non v'è evidenza in atti che la S.A.L.C. abbia effettivamente acquisito tutta la documentazione richiesta in sede d'accesso, considerato che il Ctp nominato nell'ambito dell'Atp si limita ad affermare genericamente quanto segue: *“Avendo per altre vie Parte Ricorrente recuperato il progetto proprio al termine delle scadenze per la consegna delle memorie di parte (e per questa ragione non potendone utilizzare i contenuti per tempo) [...]”*.

Tale dichiarazione, resa dal consulente tecnico, non vale a dimostrare che tutto ciò che è stato richiesto in sede di accesso (*i.e.*, *“copia di tutti gli elaborati di progettazione esecutiva predisposta dal RTI Baraldini Quirino S.p.A. nonché di tutti gli atti amministrativi e tecnici adottati da FER nell'iter di approvazione del suddetto progetto esecutivo”*) sia stato effettivamente acquisito dalla S.A.L.C., la quale ha peraltro dedotto in giudizio di aver potuto consultare la sola parte progettuale depositata presso il genio civile, né risultano in atti evidenze diverse, da cui emerga un accesso dell'appellante in tutto coincidente e sovrapponibile con la richiesta che forma oggetto del presente giudizio.

Per questo l'eccezione è infondata, non essendovi prova che l'interesse qui fatto valere dalla S.A.L.C. abbia trovato effettiva e piena soddisfazione.

2. Sempre in via preliminare la Fer eccepisce l'inammissibilità dell'appello in ragione del fatto che il progetto della S.A.L.C. non è mai stato consegnato alla Costruzioni Edili Baraldini, sicché quest'ultima non ha potuto farne alcun uso, e la richiesta avanzata dall'appellante è volta invero a comprendere in che modo la controinteressata sia riuscita ad attuare il progetto definitivo; d'altra parte, la perizia prodotta all'esito dell'accertamento tecnico preventivo ha accertato che il progetto definitivo a base di gara era ben eseguibile.

2.1. Neanche tale eccezione è condivisibile.

Sotto il primo profilo, è sufficiente osservare come la motivazione relativa alla possibilità che sia stato indebitamente consentito alla Costruzioni Edili Baraldini di utilizzare il progetto elaborato dalla S.A.L.C. costituisce solo una

delle ragioni sottese dalla domanda volta all'accesso, che si fonda altresì (anzi, primariamente) sulle esigenze difensive dell'appellante in relazione alla risoluzione contrattuale disposta dall'amministrazione; per questo, le deduzioni incentrate sulla mancata consegna alla controinteressata del progetto della S.A.L.C. (e sulla stessa inesistenza di un documento progettuale perfetto predisposto da quest'ultima) non valgono a escludere l'interesse all'azione dell'appellante e l'ammissibilità dell'impugnazione.

Allo stesso modo, gli esiti dell'incombente istruttorio preventivo svolto in sede civile non valgono a elidere o superare l'interesse all'accesso (difensivo) dell'appellante, che si misura a ben vedere in termini di necessità per la difesa, non già di sua *utilità finale*, e dunque di attitudine a condurre a un certo esito probatorio alla luce dell'intero materiale istruttorio acquisito o acquisibile (v. *amplius infra*, sub § 3.3.1 ss.).

3. Nel merito, col primo motivo di gravame l'appellante si duole dell'errore in cui la sentenza sarebbe incorsa nel fare riferimento - ai fini del rigetto del ricorso - a ragioni di riservatezza correlate all'offerta tecnica della controinteressata, trascurando al riguardo che, ai sensi dell'art. 140 d.lgs. n. 163 del 2006, la Costruzioni Edili Baraldini non può che essere subentrata nell'affidamento nei termini di cui all'offerta della S.A.L.C., scevra dalle (successive) varianti valse alla risoluzione del contratto.

D'altra parte, la ricorrente non ha mai domandato di accedere all'offerta tecnica della controinteressata, limitandosi a richiedere gli elaborati di progettazione esecutiva predisposti dalla Costruzioni Edili Baraldini a seguito dell'aggiudicazione, nonché gli atti amministrativi e tecnici adottati dalla Fer nell'approvazione del suddetto progetto esecutivo.

3.1. Col secondo motivo l'appellante censura la sentenza per aver ritenuto che difetti un interesse della S.A.L.C. all'ostensione della documentazione richiesta.

In senso contrario, deduce l'appellante come, nella specie, i documenti richiesti siano indispensabili ai fini dell'azione civile inerente alla risoluzione

del contratto, in relazione alla quale la S.A.L.C. ha attivato il suddetto procedimento di Atp volto ad accertare non solo lo stato dei luoghi - come erroneamente ritenuto dal Tar - ma anche la fattibilità del progetto definitivo posto a base di gara, la necessità delle varianti apportate dalla S.A.L.C., e il correlato ristoro dei danni, in funzione del conseguente giudizio di cognizione da introdurre.

Nella specie, l'accesso potrebbe consentire di provare che (anche) il progetto effettivamente adottato dalla controinteressata contiene delle varianti, e così confermare le ragioni della S.A.L.C.; d'altra parte se il progetto implementato dalla controinteressata coincidesse o fosse assimilabile a quello della S.A.L.C., l'appellante potrebbe pure per questo invocare il risarcimento del danno, stante la strumentalità della risoluzione del contratto disposta dall'amministrazione, oltre all'indebita messa a disposizione della Costruzioni Edili Baraldini del progetto confezionato dall'appellante.

Il diniego dell'accesso è del resto illegittimo per sviamento, in quanto volto a celare documenti di cui la Fer era in possesso e che non voleva tuttavia ostendere: non corrisponderebbe al vero, al riguardo, la dichiarata mancata approvazione del progetto della Costruzioni Edili al tempo del diniego dell'accesso, atteso che in realtà lo stesso risultava approvato da ben cinque mesi. Emerge chiaramente, in proposito, il contrasto fra le notizie divulgate dalla stampa - da cui si evince che il progetto era stato da tempo approvato - e l'atto di diniego all'accesso, in cui si afferma al contrario che gli elaborati erano ancora in fase di verifica. D'altra parte, dalle dette notizie di stampa e dalle stesse comunicazioni pubblicate sul profilo *web* della Fer emerge come la consegna dei lavori sia avvenuta l'11 maggio 2020, onde al più per tale data la progettazione esecutiva era stata valutata e approvata.

D'altra parte, se davvero si fosse stati in presenza di documenti non ancora formati dall'amministrazione, questa avrebbe ben potuto dar corso a un differimento dell'accesso.

3.2. Col terzo motivo la S.A.L.C. censura la sentenza nella parte in cui richiama, ai fini del rigetto del ricorso, la tutela della riservatezza della controinteressata.

Deduce l'appellante, al riguardo, come l'amministrazione non indichi nella specie alcuna «*motivata e comprovata*» ragione di riservatezza della controinteressata *ex art. 53, comma 5, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016* tale da consentire di limitare l'accesso, che deve peraltro essere comunque concesso sulle restanti informazioni non inerenti il *know-how*.

D'altra parte, va esclusa la sussistenza di ragioni riservatezza anche in considerazione del fatto che il progetto esecutivo è ormai entrato nel patrimonio della Fer, e del resto - per poter essere legittimamente approvato - dovrebbe consistere nella mera ingegnerizzazione del progetto definitivo posto a base di gara.

Al riguardo, le esigenze di riservatezza sono solo genericamente richiamate dall'amministrazione, e in ogni caso dovevano essere ostesi i documenti non coperti da tali esigenze, e comunque quelli inerenti alla validazione e approvazione del progetto, in quanto veri e propri atti amministrativi.

3.3. I motivi, che possono essere esaminati congiuntamente per la loro connessione, sono parzialmente fondati, nei termini e per le ragioni che seguono.

3.3.1. È pacifico tra le parti, ed emerge chiaramente dalla documentazione in atti, come l'istanza d'accesso controversa sia stata formulata dalla S.A.L.C. ai sensi degli artt. 22 ss. l. n. 241 del 1990, e in tale prospettiva è stato proposto il corrispondente ricorso in primo grado; di ciò dà conto peraltro la stessa S.A.L.C. con il ricorso in appello, che in relazione alla successiva istanza (anche) “*di accesso civico generalizzato*” si limita a rappresentare come essa risulti allo stato “*ancora inevasa*”.

Per questo le doglianze formulate vanno esaminate, coerentemente con la *causa petendi* fatta valere, nella prospettiva dell'accesso documentale di cui alla disciplina *ex art. 22 ss. l. n. 241 del 1990*, applicabile peraltro anche per le

procedure evidenziali (cfr. il richiamo previsto dall'art. 13 d.lgs. n. 163 del 2006, e oggi dall'art. 53 d.lgs. n. 50 del 2016), pur con i profili di *specialità* del relativo regime (cfr. gli artt. 13 d.lgs. n. 163 del 2006 e 53 d.lgs. n. 50 del 2016, cit.; riguardo alla necessità di esaminare l'istanza di accesso, in sede amministrativa e giudiziale, in termini coerenti con il modello generale di accesso eventualmente esplicitato e fatto valere dall'interessato, Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10).

Nella specie, l'appellante riveste la posizione di aggiudicataria che s'è vista risolvere il contratto d'appalto stipulato, e (anzitutto) in funzione della corrispondente controversia di merito - intesa ad accertare l'illegittimità di tale risoluzione e le responsabilità dell'amministrazione - formula l'istanza d'accesso, indirizzata in termini *specifici* all'acquisizione degli elaborati di progettazione esecutiva predisposti dal Rti controinteressato e ai corrispondenti atti amministrativi e tecnici adottati dalla Fer nell'*iter* di relativa approvazione.

Per questo, detto accesso persegue un interesse di carattere *difensivo*, correlato e funzionale alla vicenda contenziosa nei confronti della stazione appaltante in ordine alla responsabilità per l'intervenuta risoluzione contrattuale (cfr. la stessa istanza d'accesso, in cui si rappresenta che la S.A.L.C. "*ha un particolare interesse all'ottenimento della [...] documentazione ai fini della difesa in giudizio*", a fronte del suddetto procedimento di Atp, e "*ai fini della proposizione dell'instaurando giudizio a cognizione piena*"). La S.A.L.C. fa valere in specie la cd. "*logica difensiva*" dell'accesso (Cons. Stato, Ad. plen., 25 settembre 2020, n. 19, 20 e 21), che la legge correla a una precipua forma d'accesso (anche sul piano probatorio) ai sensi dell'art. 24, comma 7, l. n. 241 del 1990 - e, in materia di contratti pubblici, *ex art.* 13, comma 6, d.lgs. n. 163 del 2006 (oggi art. 53, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016) che ne rappresenta una *speciale* declinazione - qual è quello del cd. "accesso difensivo" (Cons. Stato, Ad. plen., n. 19-21 del 2020, cit.; V, 3 maggio 2021, n. 3459; per le distinzioni, cfr. anche Id., VI, 8 febbraio 2021, n. 1154).

A tal riguardo, come chiarito dalla giurisprudenza, l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, con le citate sentenze n. 19, 20 e 21 del 2020 ha precisato che l'accesso difensivo è consentito, in prospettiva generale, a condizione che 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 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 aggiunto che:

a1) 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 una ‘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;

a2) al fine di verificare la corrispondenza tra la situazione (sostanziale) giuridicamente tutelata ed i fatti (principali e secondari) [di] 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;

a3) il giudizio sull’interesse legittimante è ancorato inoltre ai canoni della ‘immediatezza’, ‘concretezza’ e ‘attualità’ (secondo l’indicazione dell’art. 22, comma 1, lett. d) l. n. 241 del 1990);

che, inoltre, l’istante dimostri:

b) la corrispondenza, mediante la quale è circoscritto l’interesse all’accesso agli atti solo ad una situazione giuridicamente tutelata;

c) 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, 'è per l'ottenimento del quale l'accesso difensivo, in quanto situazione strumentale, fa da tramite" (Cons. Stato, n. 3459 del 2021, cit.; cfr. anche Cons. Stato, Ad. plen., 18 marzo 2021, n. 4).

Al contempo, una volta accertati i presupposti dell'accesso difensivo nei termini suindicati - e, anzitutto, nella prospettiva della *necessità o stretta indispensabilità* (quest'ultima in caso di «*dati sensibili o giudiziari*», ex art. 24, comma 7, l. n. 241 del 1990, ovvero di «*segreti tecnici o commerciali*», ex art. 13, comma 6, d.lgs. n. 163 del 2006 e art. 53, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016) del documento a fini difensivi, a fronte del suo collegamento alla situazione finale evocata - all'amministrazione e al giudice non è demandata “*alcuna ultronea valutazione sulla influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione o allo stesso giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso*” (Cons. Stato, Ad. plen., n. 4 del 2021, cit.).

Ai fini dell'accesso difensivo, infatti, accertato il suindicato presupposto della *necessità* (e salvo il regime delle riservatezze e del correlato canone della *stretta indispensabilità*, su cui cfr. anche *infra*, sub § 3.3.3) non rileva il profilo della *utilità finale* che il documento potrebbe avere in sede giurisdizionale, né l'esistenza di altri strumenti eventualmente utilizzabili allo stesso fine: in tale prospettiva, non spetta al giudice o all'amministrazione effettuare alcuna prognosi sulla misura dell'apporto probatorio al giudizio della documentazione richiesta né, ancor più, vagliare la (eventuale) fondatezza dell'azione proposta nella diversa sede giudiziale, o anche la sua stessa ammissibilità (cfr. Cons. Stato, II, 27 luglio 2021, n. 5589; Id., V, n. 3459 del 2021, cit.; V, 8 aprile 2021, n. 2827; 27 giugno 2018, n. 3953 e richiami *ivi*).

3.3.2. Facendo applicazione dei suesposti principi al caso di specie risulta la parziale fondatezza delle domande dell'appellante.

Questa invoca infatti l'accesso agli atti amministrativi e tecnici adottati da Fer nell'*iter* di approvazione del progetto esecutivo, nonché a tutti gli elaborati di progettazione esecutiva predisposti dalla Costruzioni Edili Baraldini.

Al riguardo, può ritenersi anzitutto superato l'assunto per cui l'accesso andrebbe negato in ragione della natura endoprocedimentale dei documenti richiesti, e in specie della mancata formale adozione del progetto da parte della stazione appaltante in quanto ancora "*oggetto di verifica*zione" dalla società d'ingegneria a ciò delegata.

In specie, con riferimento alla situazione in essere, oltre alla documentazione di stampa da cui risulta l'approvazione del progetto e l'avvio dei lavori, e alla comunicazione sul profilo *web* della Fer prodotta dalla S.A.L.C. - non contraddetta dall'amministrazione - in cui pure si fa riferimento all'intervenuto inizio dei lavori, anche la consulenza resa in sede di Atp, in atti, dà conto dello svolgimento dei lavori, in esecuzione ad opera della controinteressata.

Peraltro le stesse difese delle parti richiamano elementi (fra i quali l'acquisizione *aliunde* di una parte del progetto da parte della S.A.L.C., in specie presso il genio civile) da cui emerge la formalizzazione del progetto, e deducono l'esecuzione dei lavori (cfr., al riguardo, anche la memoria difensiva dell'amministrazione, che richiama essa stessa l'attività esecutiva posta in essere dalla controinteressata); né nella presente sede la Fer confuta o contesta specificamente le deduzioni dell'appellante circa l'effettiva adozione del suddetto progetto e la esecuzione dei lavori - circostanze, queste, che valgono di per sé al superamento del predetto assunto - fornendo anzi conferma della detta attività esecutiva.

Ciò posto, gli atti oggetto dell'istanza d'accesso ben presentano il richiesto nesso di strumentalità rispetto alla situazione giuridica evocata dalla S.A.L.C., e dunque il collegamento presupposto all'accesso difensivo, risultando necessari - nei termini suindicati, incentrati su una prognosi *ex ante* scevra da apprezzamenti di utilità finale o decisività dei documenti in relazione alla

causa intentata o da proporre - per la difesa dell'appellante ai fini del contenzioso dalla stessa richiamato (cfr., al riguardo, anche Cons. Stato, V, 3 agosto 2021, n. 5712; 3 marzo 2021, n. 2682).

La situazione finale evocata al riguardo dalla S.A.L.C. attiene infatti alle tutele in relazione alla risoluzione del contratto d'appalto disposta dalla Fer; suo presupposto è costituito dunque dall'illegittimità della risoluzione, a sua volta argomentata dalla S.A.L.C. in ragione della non fattibilità concreta del progetto definitivo posto a base dell'affidamento.

Gli atti e i documenti richiesti dall'appellante, attenendo al progetto esecutivo effettivamente adottato e alla sua approvazione da parte dell'amministrazione, ben si pongono in regime di “*nesso di strumentalità*” rispetto ai fatti posti a fondamento della situazione finale invocata dalla S.A.L.C., e in specie al cd. “fatto secondario” rappresentato dalla non realizzabilità del progetto definitivo e necessità di sue varianti, elementi rispetto ai quali gli atti di approvazione del progetto esecutivo effettivo e i contenuti di questo risultano *collegati*, e il cui accesso risulta dunque strumentale e necessario nei termini sopra chiariti.

Non rileva, in senso contrario, la circostanza che il profilo della (non) fattibilità del progetto definitivo sia dimostrabile anche altrimenti, né che la relazione depositata in sede di Atp dal consulente designato abbia raggiunto delle (diverse) conclusioni in merito alla questione: l'uno e l'altro aspetto attengono infatti alla dimensione della utilità o decisività dei documenti, o comunque afferiscono a un apprezzamento circa l'apporto probatorio finale che dagli stessi potrebbe conseguire, ma non influiscono sulla loro *necessità* o *strumentalità* riconosciuta nei termini suesposti (cfr., al riguardo, anche *retro*, *sub* § 3.3.1 e richiami giurisprudenziali *ivi*).

Di qui la fondatezza della domanda ostensiva avanzata dall'appellante, con conseguente obbligo dell'amministrazione di consentire l'accesso ai documenti, salve le limitazioni di seguito precisate.

3.3.3. L'amministrazione ha dato conto, nel diniego dell'accesso, dell'opposizione della controinteressata in relazione a “*rilevanti aspetti coperti da know how*” la cui divulgazione sarebbe fonte di pregiudizio per l'appaltatrice, per motivare poi il diniego dell'accesso (anche) in ragione del fatto che lo stesso potrebbe “*presentare una potenziale violazione della proprietà intellettuale dell'impresa Baraldini*” (esigenza ribadita dalla stessa Fer anche nella presente sede).

Se è vero che questa non è una valida motivazione per negare *tout court* l'accesso, è vero pure che non valgono a consentire un accesso incondizionato a ogni contenuto dei documenti richiesti le circostanze indicate dall'appellante dell'avvenuto subentro nell'affidamento della controinteressata *ex art.* 140 d.lgs. n. 163 del 2006, sulla base dell'offerta della stessa S.A.L.C., come pure che il progetto esecutivo, consistendo nella mera ingegnerizzazione di quello definitivo, non presenterebbe alcun profilo sensibile o di segretezza, non coincidendo oltretutto con l'offerta formulata dalla controinteressata. Va infatti tenuto conto, al riguardo, da un lato che il contenuto del progetto esecutivo effettivamente adottato (e dunque delle specifiche modalità e condizioni alle quali il subentro è concretamente avvenuto) non è noto, e dall'altro che anche l'attività di ingegnerizzazione può presentare profili tecnici e di *know how* che possono rivestire carattere sensibile e riservato.

In tale contesto, neanche il richiamo al disposto di cui all'art. 53, comma 5, lett. *a*), d.lgs. n. 50 del 2016 (ma, in relazione alla fattispecie concreta, cfr. invero l'omologo art. 13, comma 5, lett. *a*), d.lgs. n. 163 del 2006) e alla mancanza di una motivata e specifica valutazione dell'amministrazione in ordine alla sussistenza di «*segreti tecnici o commerciali*» consente di obliterare *tout court* le ragioni di riservatezza della controinteressata.

La giurisprudenza ha posto in risalto in proposito, nel contesto delle procedure a evidenza pubblica, che a fronte di un'istanza d'accesso presentata da uno degli interessati è imposto all'amministrazione di coinvolgere il

controinteressato, e di eseguire “*una motivata valutazione delle argomentazioni offerte, ai fini dell’apprrezzamento della effettiva rilevanza per l’operatività del regime di segretezza*”, considerato che “*la legge non pone una regola di esclusione basata su una presunzione assoluta valevole ex ante, ma impone una valutazione in concreto dei motivi adottati a difesa del segreto, per modo che possa non essere preclusivamente vulnerato* «l’accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto» (cfr. art. 53, ult. cpv. cit.)” (Cons. Stato, V, 7 gennaio 2020, n. 64; cfr. anche Id., 31 marzo 2021, n. 2714: “*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)”, ed è filtrato attraverso il suddetto “*onere della stazione appaltante di valutare motivatamente le argomentazioni offerte ai fini dell’apprrezzamento dell’effettiva rilevanza per l’operatività del regime di segretezza*”; v. altresì Cons. Stato, V, 1 luglio 2020, n. 4220).

Nella specie, sebbene la stessa Fer non abbia assolto invero al suddetto onere di apprezzare e motivare specificamente in ordine all’operatività del regime di segretezza, essendosi limitata ad affermare genericamente che “*la richiesta [di accesso] potrebbe [...] presentare una potenziale violazione della proprietà intellettuale dell’impresa Baraldini*”, nondimeno, a fronte del richiamo alla nota di opposizione della controinteressata (non presente in atti) e dell’affermata potenziale lesività dell’accesso per la “*proprietà intellettuale*” della Baraldini, l’accesso va circoscritto.

Stante infatti la rilevanza dei *segreti* quale limite all’accesso (anche ai fini, comunque, della documentazione progettuale), questo va escluso - in assenza, del resto, di elementi di *stretta indispensabilità* allo stato ravvisabili - per i documenti o loro parti recanti segreti tecnici, industriali o commerciali specificamente individuati dall’amministrazione (cfr., in merito, Cons. Stato, III, 28 gennaio 2021, n. 1437; cfr., anche in altri ambiti, Cons. Stato, V, 10 febbraio 2021, n. 1237; 2 ottobre 2019, n. 6603; in relazione al canone della

cd. “stretta indispensabilità” per poter superare i segreti a fini d’accesso, cfr., *inter multis*, Cons. Stato, V, 28 febbraio 2020, n. 1451; per la rilevanza del cd. “*know how*” ai fini della limitazione dell’accesso, cfr., su tutte, Cons. Stato, V, 6 aprile 2021, n. 2769; Id., n. 64 del 2020, cit.).

3.3.4. In ragione di quanto suesposto, dunque, l’appello va parzialmente accolto, dovendo ammettersi l’accesso della S.A.L.C. agli atti amministrativi inerenti all’approvazione del progetto esecutivo, nonché ai relativi elaborati di progettazione esecutiva predisposti dal Rti capeggiato dalla Costruzioni Edili Baraldini, salva l’omissione delle parti su cui la controinteressata abbia motivatamente dimostrato la sussistenza di informazioni od elementi costituenti segreti tecnici, industriali o commerciali, che compete all’amministrazione prendere in considerazione ed espungere specificamente. L’ostensione dei documenti, nei termini suindicati, dovrà avvenire entro i termini di cui in dispositivo.

4. In conclusione, per le suesposte ragioni, l’appello è fondato e va accolto, con conseguente riforma della sentenza impugnata e accoglimento del ricorso di primo grado nei termini e limiti suindicati.

4.1. La particolarità della fattispecie e delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini di cui in motivazione e, per l’effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado ordinando all’amministrazione l’esibizione dei documenti nei sensi e limiti di cui in motivazione entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione, o notificazione se anteriore, della presente sentenza;

Compensa le spese fra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 novembre 2021

con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

L'ESTENSORE

Alberto Urso

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO