

Publicato il 20/01/2022

N. 00369/2022REG.PROV.COLL.
N. 06524/2021 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 iscritto al numero di registro generale 6524 del 2021,
proposto da

Hitachi Rail Sts s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandra Quattrini e Riccardo Troiano,
con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Alessandra Quattrini in
Roma, piazza della Croce Rossa n. 2/C;

contro

Trenitalia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata
e difesa dagli avvocati Luisa Torchia e Gabriele Sabato, con domicilio eletto
presso lo studio della prima in Roma, viale Bruno Buozzi n. 47;

nei confronti

Alstom Ferroviaria s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Sergio Massimiliano Sambri, con
domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Pinciana n. 25;

per la riforma

dell'ordinanza collegiale del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 7699 del 28 giugno 2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Trenitalia s.p.a. e di Alstom Ferroviaria s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2022 il Cons. Massimo Santini ed uditi per le parti gli avvocati Quattrini, Torchia, Sabato e, in dichiarata delega dell'avvocato Sambri, Mengassini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Risulta dagli atti che l'odierna appellante Hitachi Rail Sts s.p.a. partecipava all'appalto indetto da Trenitalia s.p.a. per la fornitura di convogli a trazione elettrica destinati al servizio commerciale regionale, classificandosi al secondo posto dietro Alstom.

Ritenendo illegittimo l'esito della gara, la stessa Hitachi si rivolgeva al TAR Lazio per chiedere l'annullamento dell'aggiudicazione sotto plurimi profili; in via incidentale formulava inoltre istanza di accesso, ai sensi dell'art. 116, comma 2, Cod. proc. amm., al fine di ottenere l'ostensione di vari documenti tra cui l'offerta tecnica di Alstom, nel suo complesso. Offerta che Trenitalia, anche sulla base di opposizione in tal senso manifestata dalla stessa prima classificata, aveva reso accessibile solo parzialmente, in ragione della presenza di alcuni dati di carattere tecnico aventi natura strettamente riservata.

L'istanza di accesso incidentale veniva rigettata dal giudice adito sulla base delle seguenti argomentazioni:

- 1) le parti oscurate dell'offerta tecnica si sarebbero riferite ad un treno di nuova tecnologia, di talché l'ostensione parziale correttamente mirava ad evitare la rivelazione di segreti industriali di natura tecnica;

2) in ogni caso, l'istanza di accesso avrebbe avuto natura esplorativa, non essendo stata dimostrata la "stretta indispensabilità" a fini difensivi della richiesta documentazione;

Averso tale decisione Hitachi Rail Sts s.p.a. interponeva appello, deducendo i seguenti profili di censura:

1) motivazione erronea e perplessa, sia nella parte in cui l'ordinanza faceva riferimento ad una caratteristica di "novità" del treno che non era mai emersa nella precedente fase procedimentale, sia nella parte in cui non sarebbe stata sufficientemente valutata la generica opposizione all'ostensione da parte della controinteressata Alstom;

2) irragionevolezza della motivazione, nella parte in cui sarebbe stato operato, in contrasto con alcuni principi di cui alla decisione n. 4 del 2021 della Adunanza plenaria di questo Consiglio, una impropria valutazione prognostica di fondatezza del ricorso introduttivo, quello ossia avente ad oggetto il procedimento di gara e tuttora pendente davanti al medesimo TAR Lazio;

Si costituivano in giudizio Trenitalia s.p.a. e la controinteressata Alstom, chiedendo entrambe il rigetto del gravame in quanto infondato.

Alla camera di consiglio del 13 gennaio 2022 le parti rassegnavano le proprie rispettive conclusioni e la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Ritiene il Collegio di poter trattare congiuntamente i due motivi di appello, in ragione della loro evidente connessione oggettiva; al riguardo, va innanzitutto detto che la disposizione di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016 (c.d. *Codice dei contratti pubblici*), la quale si pone in termini di specialità o comunque di coerente sviluppo normativo rispetto all'art. 24 della l. n. 241 del 1990, prevede: a) al comma 5, in chiave di principio generale, che sono escluse dal diritto di accesso quelle "*informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali*"; b) al comma 6, in termini di eccezione rispetto al

predetto principio generale, che “è consentito l’accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto”.

Va confermato, al riguardo, il costante orientamento giurisprudenziale (*ex multis*, Cons. Stato, V, 26 ottobre 2020, n. 6463; V, 21 agosto 2020, n. 5167; V, 1° luglio 2020, n. 4220; V, 28 febbraio 2020, n. 1451; V, 7 gennaio 2020, n. 64) secondo cui la *ratio* della norma consiste nell’escludere dall’accesso quella parte dell’offerta strettamente afferente al *know how* del singolo concorrente, vale a dire l’insieme del “saper fare” costituito, in particolare, dalle competenze e dalle esperienze maturate nel tempo che consentono, al concorrente medesimo, di essere altamente competitivo nel mercato di riferimento.

Quel che occorre evitare, in altre parole, è un “uso emulativo” del diritto di accesso finalizzato, ossia, unicamente a “*giovarsi di specifiche conoscenze industriali o commerciali acquisite e detenute da altri*”. Ciò anche in considerazione del fatto che la partecipazione ai pubblici appalti non deve tramutarsi in una ingiusta forma di penalizzazione per il soggetto che, risolvendosi in tal senso, correrebbe altrimenti il rischio di assistere alla indiscriminata divulgazione di propri segreti di carattere industriale e commerciale.

Condizione di operatività di siffatta esclusione dall’accesso agli atti è data dalla “*motivata e comprovata dichiarazione*” da parte del concorrente interessato a far valere il suddetto segreto tecnico o commerciale; la stessa peraltro non opera laddove altro concorrente “*dimostri che l’ostensione documentale è finalizzata alla difesa in giudizio dei propri interessi*” (c.d. accesso difensivo).

In quest’ultima direzione “è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti” quanto, piuttosto, la “*stretta indispensabilità*” della ridetta documentazione per apprestare determinate difese all’interno di in uno specifico giudizio.

La valutazione di “*stretta indispensabilità*”, in altre parole, costituisce il criterio che regola il rapporto tra accesso difensivo e tutela della segretezza industriale

e commerciale.

Una simile valutazione va effettuata in concreto e verte, in particolare, “*sull'accertamento dell'eventuale nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate*”.

Come poi affermato da Cons Stato, Ad. plen. n. 4 del 18 marzo 2021, in materia di accesso difensivo ai sensi dell'art. 24, comma 7, della l. n. 241 del 1990, deve però escludersi che sia sufficiente fare generico riferimento, nell'istanza di accesso, a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora 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.

Trova quindi conferma la tesi di maggior rigore secondo cui 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 intelligibile il collegamento necessario fra la documentazione richiesta e le proprie difese. E tanto, come evidenziato in diverse occasioni dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, IV, 14 maggio 2014, n. 2472), attraverso una sia pur minima indicazione delle “*deduzioni difensive potenzialmente esplicabili*”.

In questo quadro l'onere della prova del suddetto nesso di strumentalità incombe – secondo il consueto criterio di riparto – su colui che agisce, ossia sul ricorrente (in sede procedimentale, il richiedente l'accesso agli atti);

In assenza di tale dimostrazione circa la “stretta indispensabilità” della richiesta documentazione, la domanda di accesso finisce per tradursi nel tentativo “meramente esplorativo” di conoscere tutta la documentazione versata agli atti di gara, come tale inammissibile.

Premesso quanto sopra in termini generali, nel caso di specie va rilevato che il provvedimento di accesso parziale, ed ancor prima l'atto di opposizione

all'accesso della prima classificata ALSTOM, non recava una specifica motivazione circa le ragioni sottese all'esigenza di tutelare segreti di natura tecnica o commerciale (ciò risulta evidente allorché Trenitalia, con nota in data 7 aprile 2021, si limitava a richiamare l'atto di opposizione della controinteressata ALSTOM che a sua volta, con nota in data 1° dicembre 2020, si esprimeva in questi termini: *“la scrivente non concede accesso al presente documento in quanto contiene segreti tecnici della propria offerta che hanno determinato un correlato sviluppo dell'offerta economica; per le ragioni di cui sopra la divulgazione di tale documento produrrebbe in capo alla scrivente danni gravi e irreparabili alla competitività della propria soluzione e quindi anche alla capacità di aggiudicarsi future competizioni sia nazionali che internazionali”*).

È peraltro anche vero che l'istanza di accesso in esame non avrebbe potuto essere accolta in ragione della sua estrema genericità, come rilevabile sia dagli atti procedimentali sia da quelli processuali versati nel giudizio: l'appellante non ha infatti sufficientemente dimostrato il necessario nesso di strumentalità o di stretta indispensabilità tra la documentazione oggetto dell'istanza e le censure formulate, ossia l'effettiva concreta utilità di ottenere la documentazione richiesta in versione integrale.

Ciò in quanto sia nel ricorso introduttivo, sia nel presente atto di appello Hitachi Rail Sts si è limitata ad evidenziare in termini alquanto generici ed ipotetici che *“la mancata conoscenza della documentazione oggetto dell'istanza ex art. 116 c.p.a. viola il diritto di difesa di HR STS, impedendole di esplicitare ulteriormente i motivi di doglianza avanzati, proprio per la mancata conoscenza dei documenti indispensabili per effettuare tale approfondimento”* (cfr. pag. 15 atto di appello); *“proprio la mancata conoscenza della documentazione oggetto dell'istanza ex art. 116 c.p.a. viola il diritto di difesa di HR STS, impedendole di esplicitare ulteriormente i motivi di doglianza avanzati, per l'indispensabilità di tale conoscenza ai fini di un approfondimento delle censure proposte innanzi al TAR”* (pagg. 4 e 5 della memoria depositata in data 28 dicembre 2021); *“i documenti di cui HR STS ha chiesto di avere piena conoscenza sono tutti documenti pertinenti ed indispensabili all'odierna*

Appellante per poter esercitare il diritto di difesa nel giudizio di merito [...] Ciò in quanto si tratta di “elementi di prova in ordine ai fatti, principali e secondari, integranti la fattispecie costitutiva della situazione giuridica 'finale' controversa” che HR STS ha diritto di conoscere per poter approfondire i motivi di censura già avanzati in primo grado e/o avanzarne dei nuovi” (pag. 6 memoria depositata in data 30 dicembre 2021).

Del pari generica si rivelava del resto l'istanza formulata nell'originaria sede procedimentale, laddove si affermava che *“E' evidente dunque che la Società, ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento, vanta un interesse diretto, concreto ed attuale alla conoscenza della posizione in graduatoria ottenuta dall'Offerta ed alla documentazione oggetto della presente istanza che risulta pertanto espressione di una specifica esigenza conoscitiva”* (cfr. pag. 2 istanza in data 22 marzo 2021).

Ed ancora, *“solo tramite la conoscenza completa di tutta la suindicata documentazione Hitachi può essere effettivamente posta in grado di tutelare i propri diritti ed interessi dinanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa, tenuto conto della attuale pendenza del termine di legge per l'impugnazione della Delibera in oggetto”* (pag. 3 istanza in data 22 marzo 2021). Di non diverso tenore il ricorso di primo grado, nella parte in cui si affermava che: *“Quanto esposto [...] dimostra la sussistenza di un interesse difensivo giuridicamente rilevante di HR (quale concorrente in Gara) a conoscere (in forma integrale) tutta la documentazione richiesta con le Istanze di Accesso”* (pag. 20 ricorso di primo grado).

Come ben evidenziato nell'appellata ordinanza, Hitachi non ha dimostrato la *“assoluta indispensabilità degli elementi coperti da segreto per poter corroborare i propri motivi di ricorso”*, prova che non viene del resto raggiunta neppure con il ricorso in appello.

In una fattispecie connotata da simili elementi di peculiarità (peculiarità data dalla contestuale presenza di una generica istanza di accesso cui fa da contraltare un provvedimento di rigetto parziale della medesima istanza non specificamente motivato) occorre tenere conto di quanto affermato dalla Adunanza plenaria di questo Consiglio la quale, con decisione 2 aprile 2020,

n. 10, ha statuito che *“il giudizio in materia di accesso, pur seguendo lo schema impugnatorio, non ha sostanzialmente natura impugnatoria, ma è rivolto all'accertamento della sussistenza o meno del diritto dell'istante all'accesso medesimo e, in tal senso, è dunque un "giudizio sul rapporto", come del resto si evince dall'art. 116, comma 4, del d. lgs. n. 104 del 2010, secondo cui il giudice, sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione dei documenti richiesti”*.

Più in particolare, trattandosi di azione di condanna (quella in materia di accesso ai documenti amministrativi di cui al citato art. 116 Cod. proc. amm.), la stessa si incentra sulla spettanza o meno della richiesta di esibizione dei documenti: in caso di accertata fondatezza della pretesa del privato, il giudice condanna per l'appunto l'amministrazione soccombente ad un *facere* specifico ossia all'ostensione – in tutto o in parte – dei documenti richiesti (giudizio sul rapporto).

In questi termini, la valutazione sulla fondatezza dell'istanza di accesso, ossia sulla spettanza del bene anelato (offerta contenente taluni segreti tecnici), giocoforza precede quella sulla adeguata motivazione del provvedimento di rigetto dell'istanza medesima.

Un simile giudizio si concentrerà dunque preliminarmente nel considerare, nel bilanciamento tra esigenze di difesa e tutela della riservatezza commerciale e industriale, se sia stata adeguatamente evidenziata la *“stretta indispensabilità”* della documentazione richiesta ai fini del giudizio eventualmente in essere (*ex multis*, Cons. Stato, V, 21 agosto 2020, n. 5167).

Indicazione questa che, come largamente anticipato, grava sulla parte istante, la quale non può limitarsi a mere enunciazioni di principio o formule di stile (quali quelle contenute nell'istanza in esame) ma che deve quanto meno anticipare le *“deduzioni difensive potenzialmente esplicabili”* (Cons. Stato, IV, 14 maggio 2014, n. 2472).

Ora, poiché tale dimostrazione non è stata sufficientemente raggiunta nel caso in esame, come detto in precedenza, va da sé che il bene della vita

perseguito (ossia la conoscenza dell'offerta tecnica nella sua integralità) non compete a parte appellante.

L'ulteriore prosieguo del giudizio in essere è dunque precluso da tale constatazione.

Una siffatta conclusione non deve peraltro costituire un alibi per l'amministrazione onde sottrarsi al generale obbligo di motivazione dei propri provvedimenti (art. 3 l. n. 241 del 1990), atteso che in presenza di provvedimenti di rigetto scarsamente motivati al richiedente sarà pur sempre sufficiente limitarsi ad una prospettazione "minima" dei motivi potenzialmente deducibili (stretto legame tra documentazione e difese) onde ottenere l'accesso alla anelata documentazione.

Osserva il Collegio, infine, come la sola parte dell'istanza (e del successivo ricorso) dotata di una qualche specificità sarebbe quella relativa alle "schede tecniche di sintesi", le quali pure non sono state ostese in quanto contenenti segreti di natura tecnica.

Parte ricorrente sostiene che dette schede, per espressa previsione della legge di gara, non avrebbero potuto un tale contenuto, atteso che in caso contrario avrebbero dovuto essere escluse per espressa prescrizione della *lex specialis*: l'ostensione sarebbe dunque utile anche a verificare la sussistenza o meno di quest'ulteriore causa di esclusione della prima classificata, per violazione delle regole di gara.

Va detto che, limitatamente a tale profilo, l'appellante risulta aver in tal modo indicato, sia pure in modo succinto, quelle "*deduzioni difensive potenzialmente esplicabili*" cui si è fatto in precedenza riferimento.

Nel merito ella questione, però, le esigenze legate all'accesso difensivo possono ritenersi anche in tal caso recessive, posto che se l'amministrazione rifiuta l'ostensione in quanto le schede conterrebbero segreti tecnici, tale riscontro sarebbe sufficiente ed idoneo a fondare la relativa censura di merito, articolata sulla ritenuta violazione della legge di gara che – nella prospettiva di

parte ricorrente – avrebbe imposto un divieto di contemplare segreti di questa natura all'interno delle schede tecniche di sintesi.

Entro questi stessi termini l'interesse all'accesso difensivo recede, per ragioni di proporzionalità e ragionevolezza, rispetto alle esigenze di segretezza industriale.

Entrambi i motivi di appello, per tutte le ragioni sopra evidenziate, non possono pertanto trovare favorevole accoglimento, con conseguente reiezione del gravame proposto.

Sussistono giusti motivi, per la parziale novità delle questioni trattate e le peculiarità della fattispecie, per disporre la compensazione, tra le parti costituite, di spese e competenze di lite.

P.Q.M.

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

Spese del grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Valerio Perotti, Presidente FF

Giorgio Manca, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere, Estensore

Diana Caminiti, Consigliere

L'ESTENSORE
Massimo Santini

IL PRESIDENTE
Valerio Perotti

IL SEGRETARIO