

Pubblicato il 16/02/2021

N. 01428/2021REG.PROV.COLL.
N. 06047/2020 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6047 del 2020, proposto da Expertmed S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Carlo Catarisano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via G.B. Bazzoni n. 2;

contro

Grande Ospedale Metropolitano “Bianchi Melacrino Morelli” di Reggio Calabria, non costituito in giudizio;

nei confronti

Intermedica S.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria, n. 00345/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 28 gennaio 2021 il Cons. Raffaello Sestini e udito per le parti l'avvocato Carlo Catarisano; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 – La vicenda contenziosa concerne il diniego, opposto dal Grande Ospedale Metropolitano “Bianchi Melacrino Morelli” di Reggio Calabria, alla domanda di accesso agli atti relativi alla procedura negoziata per la fornitura, per due anni, di contenitori secondari e terziari per il trasporto di emocomponenti per l'U.O.C. di medicina trasfusionale, lotto 2 (un analogo contenzioso concerne il lotto 1), formulata dall'odierna appellante, unica altra partecipante alla procedura insieme all'impresa che ha ottenuto l'aggiudicazione e che, successivamente, si è opposta all'accesso ai documenti.

2 – In particolare, la società Expertemed S.r.l. chiedeva all'Azienda Ospedaliera Grande Ospedale Metropolitano “Bianchi Melacrino Morelli” di Reggio Calabria l'accesso agli atti e, in particolar modo, ai contenuti dell'offerta tecnica di Intermedica S.r.l. essendo tale società risultata, a seguito di procedura negoziata, aggiudicataria del servizio di fornitura, per due anni, di materiale medico per il trasporto di emocomponenti per l'UOC di Medicina Trasfusionale, da aggiudicarsi attraverso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Expertmed, avuta conoscenza della determina di aggiudicazione in data 28 novembre 2019 tramite la pubblicazione sull'albo on-line dell'Azienda Ospedaliera, presentava infatti, in data 4 dicembre 2019, istanza di accesso agli atti della procedura, con particolare riferimento all’*“offerta tecnica ed alla documentazione tecnica dei prodotti offerti da Intermedica s.r.l., a tutti i verbali di gara (...) inclusi quelli relativi alla valutazione dell'offerta tecnica e dell'offerta economica di Intermedica S.r.l., (...) attesa la sua strumentalità all'eventuale difesa in giudizio dei propri diritti ai sensi dell'art. 120 del D.Lgs. n. 104/2010, anche in considerazione della mancata applicazione alla presente gara del termine di stand still, ai sensi dell'art. 32, comma 10, del D.lgs. n. 50/2016”*, diffidando al contempo l'Azienda

Ospedaliera dallo stipulare il contratto con Intermedica S.r.l. *“nelle more dell’espletamento del richiesto accesso documentale e della proposizione dell’eventuale ricorso per non precludere l’effettività della tutela giurisdizionale”*.

2.1 - In data 18.12.2019 la struttura ospedaliera comunicava all’istante di aver trasmesso gli atti per il relativo rilascio all’U.O.C. Affari Legali, anticipando che *“la ditta Intermedica, con dichiarazione sugli atti di gara, ha negato l’accesso alla documentazione tecnica prodotta in gara”*. In risposta, Expertmed inoltrava un sollecito all’ASP il 20 dicembre 2019, ribadendo l’urgenza e la strumentalità degli atti in vista dell’eventuale esperimento della tutela giurisdizionale ex art. 120 c.p.a., e dunque segnalava lo spirare del termine, individuato nel 28 dicembre 2019.

2.2 - In data 8 gennaio la struttura ospedaliera trasmetteva alla richiedente la determina di aggiudicazione del 28 novembre 2019 nonché i verbali delle operazioni di gara, tuttavia, comunicava in data 9 gennaio 2020 il definitivo diniego di accesso all’offerta ed alla documentazione tecnica a causa dell’opposizione di Intermedica, avendo la stessa comunicato che tutti i dati e le informazioni della documentazione tecnica costituivano know how riservato e di esclusiva proprietà della stessa, in quanto segreti tecnici commerciali. Oltre a ciò, la struttura ospedaliera negava l’accesso a causa dell’omessa impugnativa dell’aggiudicazione da parte della ricorrente, non potendosi di conseguenza riconoscere la prevalenza delle eventuali ragioni *“difensive”* dell’accesso domandato dalla ricorrente rispetto alla rappresentata esigenza di riservatezza dei segreti tecnici e commerciali dell’offerente, sulla base degli artt. 53, comma 5, lett. a) e comma 6, del D. Lgs. n. 50/2016.

2.3 - Avverso il diniego la ricorrente proponeva in data 14 gennaio 2020, ai sensi dell’art. 116 c.p.a., ricorso al TAR volto a far valere i vizi di *“violazione dell’art. 53 d.lgs. n. 50/2016, eccesso di potere per difetto dei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e di motivazione”*.

2.4 – La struttura ospedaliera si costituiva ritualmente in giudizio e chiedeva il rigetto del ricorso, sul rilievo pregiudiziale della mancata impugnazione da

parte della ricorrente dell'aggiudicazione della gara, e nel merito sosteneva l'insussistenza dell'interesse fondante l'esercizio del diritto di accesso, sia ai sensi dell'invocato D.lgs. n. 50/2016 (c.d. codice de contratti pubblici) sia, più in generale, ai sensi della richiamata disciplina generale di cui alla legge n. 241/1990.

2.5 - Le parti producevano plurime memorie. Infine, la causa veniva chiamata per la discussione in Camera di Consiglio svoltesi con modalità telematica in data 28 gennaio 2021, e veniva trattenuta in decisione.

3 -Il TAR per la Calabria, Sezione staccata di Reggio Calabria, ha rigettato il ricorso sul presupposto che con riferimento alla domanda di accesso in esame doveva trovare applicazione la disciplina di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016, la quale fa espresso rinvio all'art. 22 ss. L. 241/90. Pertanto, il TAR, essendo necessaria ai fini dell'accesso documentale disciplinato dal citato art. 50, e quindi dalla richiamata legge n. 241/1990, la sussistenza di un interesse concreto e attuale, non ha rilevato la presenza di tale interesse nella motivata richiesta da parte del ricorrente di voler accedere alla documentazione per uso giudiziario ex art. 53, comma 6, del D.lgs. 50/2016, per non aver il ricorrente impugnato tempestivamente l'aggiudicazione. Il medesimo art. 53 D.lgs. n. 50/2016 prescrive, al comma 5, lett. a), che è altresì escluso il diritto di accesso per quegli atti "che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali". Il TAR ha quindi in ogni caso dato prevalenza alla dedotta esigenza di riservatezza delle informazioni contenute nell'offerta tecnica dell'aggiudicatario, potendo in tali casi l'accesso essere concesso solo per ragioni di tutela giudiziaria, ragioni però escluse dalla descritta ricostruzione del TAR.

4 - Avverso tale decisione l'impresa interessata ha proposto in data 23 luglio 2020 ricorso in appello, deducendo le censure di seguito sintetizzate.

4.1 - In primo luogo, il TAR avrebbe errato per la parte in cui ha respinto il ricorso qualificando la domanda di accesso come meramente emulativa, nonché per la parte in cui ha attribuito alla medesima domanda di accesso un

carattere “*emulativo*” in ragione della mancata impugnazione dell’aggiudicazione in esito alla conoscenza dei verbali della commissione.

L’accesso tempestivamente richiesto ai contenuti dell’offerta tecnica della controinteressata non sarebbe emulativo ma, al contrario, essenziale per tutelare gli interessi della richiedente, essendo “*indispensabile conoscere gli elementi tecnici dell’offerta dell’aggiudicatario*” per aver chiare le ragioni della prevalenza di tale offerta.

Infatti, il comportamento dilatorio e il successivo rifiuto dell’Azienda Ospedaliera sarebbero illegittimi, in quanto motivati dall’asserita esigenza di riservatezza riferita non a singole informazioni riservate ma all’integrale offerta tecnica, nonché dall’asserita mancata tempestiva impugnazione dell’aggiudicazione entro il termine di 30 giorni dalla pubblicazione, senza considerare che in tal modo è stata preclusa alla ricorrente ogni necessaria preventiva verifica sulla sussistenza di vizi ai fini della tutela giurisdizionale contro l’aggiudicazione (cfr. *ex multis* Consiglio di Stato, sez. V, 28 ottobre 2019, n. 7387; 20 settembre 2019, n. 6251; 2 settembre 2019, n. 6064 e, da ultimo, Adunanza Plenaria Consiglio di Stato, n. 12 del 2 luglio 2020).

4.2 - Il TAR avrebbe, inoltre, errato per la parte in cui ha respinto il ricorso ritenendo che la totalità dell’offerta tecnica custodisse segreti tecnici e commerciali anche in assenza di una compiuta dimostrazione dell’esistenza degli stessi da parte della controinteressata;

4.3 – Infine, la decisione risulterebbe erronea anche quanto alla conseguente condanna del

L’impresa ricorrente alle spese, comminata dal TAR secondo il principio della soccombenza.

5 - L’appello è fondato.

5.1 – Quanto al sopraindicato primo motivo di appello, considera il Collegio che il diritto di accesso è stato azionato dall’impresa appellante, che aveva partecipato alla procedura negoziata, ai sensi dell’art. 53 del D.Lgs. n. 50/2016 (c.d. codice dei contratti pubblici) quale strumento necessario al fine di

rilevare l'eventuale illegittimità della disposta aggiudicazione in favore di altra impresa (peraltro con una minima differenza di punteggio), e che, secondo le statuizioni della recente decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 12 del 2 luglio 2020, l'istanza di accesso è sufficientemente specifica nell'individuare gli elementi “*univocamente connessi alla conoscenza necessaria alla linea difensiva e logicamente intellegibili in termini di consequenzialità*”, evidenziando la stretta necessità di accedere ai documenti oggetto della medesima istanza ai fini della eventuale tutela in giudizio, anche in considerazione del fatto che Expertmed, a differenza delle fattispecie esaminate dalla giurisprudenza richiamata nella sentenza appellata, non ha avuto alcun accesso, neanche parziale, all'offerta tecnica vincitrice, e che quindi la richiedente è nell'impossibilità di comprendere e verificare se il prodotto offerto dalla controinteressata possedesse realmente le caratteristiche essenziali richieste dalla *lex specialis* di gara ai fini dell'ammissione alla gara e dell'attribuzione dei punteggi relativi alla valutazione dell'offerta tecnica, e se i punteggi attribuiti dalla commissione a tale riguardo fossero corretti.

5.1.1 – In particolare, secondo la citata decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 12 del 2 luglio 2020 “*L'Amministrazione aggiudicatrice deve consentire all'impresa interessata di accedere agli atti, sicché - in presenza di eventuali suoi comportamenti dilatori (che non possono comportare suoi vantaggi processuali, per il principio della parità delle parti) - va ribadito quanto già affermato dalla giurisprudenza sopra richiamata al § 19, per la quale, qualora l'Amministrazione aggiudicatrice rifiuti l'accesso o impedisca con comportamenti dilatori l'immediata conoscenza degli atti di gara (e dei relativi allegati), il termine per l'impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l'interessato li abbia conosciuti*”.

Infatti, prosegue l'Adunanza Plenaria, non si può escludere che “... il ‘*principio della piena conoscenza o conoscibilità*’ si applichi anche in tale caso, rilevando il tempo necessario per accedere alla documentazione presentata dall'aggiudicataria (...) Poiché il termine di impugnazione comincia a decorrere dalla conoscenza del contenuto degli atti, anche in tal caso non è necessaria la previa proposizione di un ricorso ‘al buio’ [in

abstracto', nella terminologia della Corte di Giustizia, e di per sé destinato ad essere dichiarato inammissibile, per violazione della regola sulla specificazione dei motivi di ricorso, contenuta nell'art. 40, comma 1, lettera d), del c.p.a.]". Quindi, secondo la citata Adunanza Plenaria "la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta'.

5.1.2 - Pertanto, secondo l'indicato indirizzo giurisprudenziale dell'Adunanza Plenaria, non è lecito pretendere che un operatore economico, per essere legittimato all'accesso all'offerta tecnica dell'operatore vincitore, debba proporre un cd. ricorso al buio, come invece affermato dalla sentenza appellata, ancor più laddove, come nella presente fattispecie, l'intera offerta tecnica sia stata sottratta all'accesso pur in assenza di una specifica e puntuale motivazione circa la presenza di un segreto tecnico o commerciale esteso ad ogni suo aspetto.

5.1.3 – Viene altresì in rilievo la successiva decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 19 del 25 settembre 2020, secondo cui 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";

In tale quadro, "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 correlate pretese astrattamente azionabili in giudizio. La delibazione è condotta sull'astratta pertinenza della documentazione rispetto all'oggetto della res controversa";

Al contrario, prosegue la citata decisione, "La corrispondenza e il collegamento fondano, invece, l'interesse legittimante, che scaturisce dalla sussistenza, concreta e attuale,

di una crisi di cooperazione, quanto meno da pretesa contestata (in ipotesi suscettibile di sfociare in un'azione di accertamento), che renda la situazione soggettiva 'finale', direttamente riferibile al richiedente, concretamente e obiettivamente incerta e controversa tra le parti, non essendo sufficiente un'incertezza meramente ipotetica e subiettiva".

In ogni caso, conclude la medesima decisione, per quanto d'interesse ai fini della presente decisione, *"Ai fini del riconoscimento della situazione legittimante, non è positivamente richiesto il requisito dell'attuale pendenza di un processo in sede giurisdizionale. In altri termini, muovendo dall'assenza di una previsione normativa che ciò stabilisca, è possibile trarre il convincimento che la pendenza di una lite (dinanzi al giudice civile o ad altro giudice) può costituire, tra gli altri, un elemento utile per valutare la concretezza e l'attualità dell'interesse legittimante all'istanza di accesso, ma non ne rappresenta la precondizione tipica".*

5.1.4 - Le precedenti statuizioni attengono, considera altresì il Collegio, ad un percorso normativo che colloca il citato art. 53 del D.lgs. n. 50/2016 , concernente l'accesso agli atti di gara in materia di appalti, nell'alveo del più generale accesso ai documenti del procedimento amministrativo disciplinato dagli artt. 22 ss. della legge n. 241/1990, espressamente richiamato, con tutti i connessi requisiti di legittimazione legati alla presenza un interesse differenziato, attuale e concreto, ma anche, quale possibile anello di congiunzione unitamente al diritto di accesso alle informazioni ambientali, nel nuovo quadro sistematico e secondo le ulteriori finalità del c.d. accesso civico, disciplinato dagli artt. 5 e 5 bis del D.lgs. n. 33/2013 come modificato dall'art. 6, comma 2, del D.lgs. n. 97/2016, in materia di semplificazione, pubblicità e trasparenza e di prevenzione della corruzione, di poco successivo al D.lgs. 18-4-2016 n. 50, c.d. Codice dei contratti pubblici, che ha anche in parte novellato.

In particolare, il c.d. codice dei contratti pubblici, che include il citato art. 53, recepisce nell'ordinamento nazionale tre direttive europee in materia di contratti pubblici (n. 2014/23/UE del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; n. 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, sugli

appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE; n. 2014/25/UE del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE). Le tre direttive europee del 2014, al contrario della legge di delega 28 gennaio 2016, n. 11, non disciplinano il contenzioso, limitandosi ad un unico rinvio alla precedente direttiva n. 89/665/CEE (*"direttiva ricorso"*), con il "considerando" n. 122 della direttiva n. 2014/24/UE secondo cui *"La direttiva prevede che determinate procedure di ricorso siano accessibili per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto. La presente direttiva non dovrebbe pregiudicare tali procedure di ricorso"*. Lo stesso considerando n. 122, peraltro, riconosce che *"i cittadini, i soggetti interessati, organizzati o meno, e altre persone o organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE hanno comunque un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto."* Tali cittadini *"dovrebbero pertanto avere la possibilità, con modalità diverse dal sistema di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE e senza che ciò comporti necessariamente una loro azione dinanzi a corti e tribunali, di segnalare le eventuali violazioni della presente direttiva all'autorità o alla struttura competente."* Si afferma quindi una necessità, quella di attribuire una posizione giuridica sostanziale ad ogni operatore economico coinvolto oltretutto al semplice cittadino quale contribuente, finora non trasposta in specifiche norme nazionali, ma che non può non rilevare ai fini della interpretazione delle vigenti norme nazionali che disciplinano la possibilità di conoscere le possibili violazioni delle regole dell'evidenza pubblica.

5.1.5 - L'interesse che supporta il richiesto accesso nella fattispecie considerata non può quindi essere ritenuto emulativo, essendo stato puntualmente riferito al concreto ed attuale interesse dell'impresa concorrente, differenziato rispetto a quello della generalità dei consociati

secondo le previsioni della legge n. 241/1990, a verificare la corrispondenza del prodotto offerto dalla concorrente risultata aggiudicataria alle caratteristiche richieste a pena di esclusione e la correttezza delle valutazioni tecniche della commissione ai fini della possibilità, da valutare *ex ante ed in abstracto* con riferimento al momento della domanda, di ottenere una tutela giurisdizionale e comunque di conoscere le possibili violazioni delle regole dell'evidenza pubblica secondo le regole del c.d. codice dei contratti pubblici, necessariamente interpretate secondo la citata disciplina eurounitaria di riferimento (direttiva ricorsi n. 89/665/CEE, Considerando n. 122 della direttiva n. 2014/24/UE), che non subordina l'esercizio di tale interesse alla proposizione di un ricorso giurisdizionale.

Il primo motivo d'appello deve essere quindi accolto.

5.2 – Ugualmente fondato risulta il secondo motivo d'appello, che censura la integrale sottrazione all'accesso dell'intera offerta tecnica quale atto sottoposto a segreto tecnico e commerciale. Ciò in quanto l'offerta tecnica doveva evidenziare, per come configurata dalla *lex specialis* di gara, “*in special modo le caratteristiche ritenute rilevanti ai fini della valutazione qualitativa, per consentire alla Commissione giudicatrice di valutare i prodotti offerti e attribuire il punteggio relativo alla componente qualità*”, comprendendo quindi, necessariamente, anche una descrizione della fornitura proposta, delle sue caratteristiche tecniche e della sua idoneità ai fini dell'utilizzo previsto, rilevanti “*ai fini della sua valutazione qualitativa*” ma non necessariamente riferite a specifiche caratteristiche produttive e costruttive non già note o di dominio pubblico e fatte espressamente oggetto di tutela brevettuale o comunque di privativa industriale o commerciale. Le esigenze di segretezza tecnica o commerciale avrebbero potuto, quindi, essere fatte valere solo per le singole informazioni, da oscurare, sottoposte a tutela brevettuale o a privativa industriale o commerciale puntualmente e motivatamente indicate dalla stessa impresa controinteressata, che in questo caso si era invece limitata ad una generica

dichiarazione riferita all'intera offerta tecnica, acriticamente recepita dall'Amministrazione ma del tutto inidonea ai fini indicati.

5.2.1 –La questione ora in esame attiene all'interpretazione del combinato disposto dei commi 5, lett. a), e 6 dell'art. 53 d.lgs. n. 50 del 2016. In particolare, il citato art. 53, al comma 5, lett. a), sancisce che *“sono esclusi 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”*. L'unica possibile deroga prevista è contenuta al comma 6, che anche in tali casi consente comunque al concorrente *“l'accesso ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto”*.

5.2.2 - Secondo il TAR, la descritta disciplina speciale, più rigida rispetto a quella di cui all'art. 24, comma 7, della legge n. 241/1990 richiamata in via generale dal medesimo art. 53, è strettamente legata alla sola esigenza di *“difesa in giudizio”* e pertanto pone l'onere di dimostrare non un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la stretta indispensabilità di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio, *“gravando peraltro anche in tal caso sulla stazione appaltante (ed eventualmente, azionata la tutela ex art. 116 c.p.a., sul giudice) l'onere dell'effettuazione di un controllo in ordine all'effettiva pertinenza ed utilità della documentazione richiesta per la difesa in sede processuale”*. Risulterebbe allora, prosegue il TAR, *“di dirimente valenza la circostanza della mancata impugnazione in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione della gara da parte della ricorrente”*. Conclude il TAR che *“l'omessa attivazione del rimedio giurisdizionale ex art. 120 c.p.a. impedisce quindi di accordare carattere 'difensivo' alla domanda di accesso formulata dalla ricorrente, ostando per ciò solo all'operatività della deroga (alla regola generale di cui al co. 5 lett. a) di cui al più volte citato co. 6 dell'art. 53”*.

5.2.3 – La predetta statuizione appare peraltro non collimante con la precedente parte della motivazione della medesima sentenza, secondo la quale *“il sancito limite alla ostensibilità risulta comunque subordinato all'espressa attestazione di*

esistenza del carattere riservato dell'informazione da parte dell'impresa interessata, cui incombe l'onere dell'allegazione di 'motivata e comprovata dichiarazione', mediante la quale dimostri l'effettiva sussistenza di un segreto industriale o commerciale meritevole di salvaguardia" e quindi impone alla stazione appaltante "una motivata valutazione delle argomentazioni offerte, ai fini dell'apprezzamento della effettiva rilevanza per l'operatività del regime di segretezza".

5.2.4 – Ferme restando le precedenti considerazioni circa la riconducibilità della domanda in esame alle esigenze di conoscenza e di difesa riconosciute dall'ordinamento nazionale ed europeo, la sentenza appellata merita pertanto di essere riformata anche sotto il profilo da ultimo considerato, non avendo il giudice di primo grado verificato l'adempimento, da parte della stazione appaltante, del suo obbligo di controllo della fondatezza della dichiarazione dell'impresa controinteressata circa la sussistenza di specifici ambiti di segretezza industriale e commerciale.

5.2.5 – Dall'accoglimento dei primi due motivi d'appello discende l'obbligo dell'Amministrazione di consentire senza indugi il tempestivo accesso dell'impresa appellante all'offerta tecnica presentata dall'impresa controinteressata, previo puntuale oscuramento delle specifiche informazioni per le quali quest'ultima abbia motivatamente dimostrato la sussistenza di una attuale esigenza di tutela brevettuale o di privativa industriale o commerciale in ordine a dati altrimenti non noti o conoscibili.

5.3 - Alla fondatezza dei motivi di ricorso che precedono e, quindi, del richiesto accesso agli atti, consegue infine l'accoglimento del terzo ed ultimo motivo di diritto e, per l'effetto, l'annullamento della sentenza appellata nella parte in cui, in ragione della soccombenza, ha condannato l'appellante al pagamento delle spese del giudizio di primo grado, con la conseguente nuova statuizione sulle spese dei due gradi di giudizio, come liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per

l'effetto, in riforma dell'appellata sentenza, accoglie il ricorso di primo grado ed ordina al Grande Ospedale Metropolitano "Bianchi Melacrino Morelli" di Reggio Calabria di consentire, entro quindici giorni dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza o dalla sua notifica a cura di parte se anteriore, l'accesso agli atti ai sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Condanna il Grande Ospedale Metropolitano "Bianchi Melacrino Morelli" di Reggio Calabria e Intermedica S.r.l. al pagamento, in parti uguali, delle spese di giudizio, complessivamente liquidate in Euro 3.000,00 (tremila) oltre ad IVA, CPA ed accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 gennaio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Giulia Ferrari, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere, Estensore

Solveig Cogliani, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

L'ESTENSORE
Raffaello Sestini

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO