

**APPALTI - PROCESSO - ACCESSO AGLI ATTI - ACCESSO A SEGRETI TECNICI E COMMERCIALI - ACCESSO DIFENSIVO - INTERESSE DIRETTO, CONCRETO ED ATTUALE - INTERESSE STRUMENTALE ALLA TUTELA DEI PROPRI DIRITTI - DEVE SUSSISTERE**

Al fine di esercitare, in un procedimento di gara per l'affidamento di contratti pubblici, il diritto di accesso riguardo ad informazioni contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali, è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità (da intendersi in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio.

**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 5167/2020**

Publicato il 21/08/2020

**N. 05167/2020REG.PROV.COLL.**

**N. 03113/2020 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**

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 3113 del 2020,  
proposto da  
TLS Group S.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e  
difesa dagli avvocati Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio digitale  
come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio  
dell'avvocato Arturo Cancrini in Roma, piazza San Bernardo, n. 101;

***contro***

VF Worldwide Holdings Ltd., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Feroletto, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

***nei confronti***

Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale, Ambasciata d'Italia a Beirut, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sezione III *ter*, n. 3579/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della VF Worldwide Holdings Ltd, del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale e dell'Ambasciata d'Italia a Beirut;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 30 luglio 2020, tenuta con le modalità di cui all'art. 84, comma 6, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, il Cons. Stefano Fantini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1.- La TLS Group s.a. ha interposto appello nei confronti della sentenza 25 marzo 2020, n. 3579 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sez. III *ter*, che ha accolto il ricorso della VF Worldwide Holdings Ltd avverso il provvedimento in data 28 ottobre 2019 con cui l'Ambasciata d'Italia a Beirut, all'esito della gara

per la “*esternalizzazione di servizi relativi allo svolgimento di attività connesse al rilascio dei visti di ingresso in Italia*”, ha denegato l’accesso all’offerta tecnica dell’aggiudicataria (odierna appellante), provvedimento poi confermato, a seguito di istanza di riesame, con atto del 31 ottobre 2019.

L’accesso denegato ed oggetto di contestazione riguarda, come premesso, la procedura di gara informale, all’esito della quale è risultata prima graduata la TLS Group con un punteggio complessivo di 84,815 punti, e seconda la VF Worldwide Holdings Ltd con un punteggio complessivo pari a 80,236; l’aggiudicazione è intervenuta con determinazione dell’Ambasciatore d’Italia a Beirut n. 1967 del 22 ottobre 2019.

Già prima dell’aggiudicazione, in data 9 ottobre 2019, la VF ha presentato istanza di accesso agli atti di gara, con particolare riguardo ai verbali delle valutazioni tecniche effettuate dalla Commissione, alla documentazione amministrativa ed alle offerte tecnica ed economica della TLS Group, supportandola con l’esigenza di *«tutela e difesa dei propri interessi e diritti in sede giurisdizionale nella qualità di operatore economico partecipante alla gara»*.

Con nota del 28 ottobre 2019 l’Ambasciata, valutata l’opposizione della TLS in ragione della natura sensibile (sotto il profilo industriale e commerciale) dei dati contenuti nella propria offerta tecnica, trasmetteva a VF tutta la documentazione richiesta, ad eccezione dell’offerta tecnica; il 31 ottobre l’Ambasciata ha confermato il parziale diniego opposto.

Con il ricorso in primo grado la VF Worldwide Ltd ha impugnato i due dinieghi parziali all’ostensione documentale opposti dall’Ambasciata, deducendo la prevalenza, ai sensi dell’art. 53, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, del proprio interesse difensivo rispetto alle esigenze di tutela dei segreti tecnici e commerciali contenuti nell’offerta tecnica della TLS Group S.A., senza peraltro impugnare

l'esito della gara, con conseguente consolidamento dell'aggiudicazione in favore di TLS.

2. - La sentenza appellata ha accolto il ricorso nell'assunto che l'interesse difensivo debba essere valutato in astratto e comunque in senso ampio e comprensivo di qualsivoglia mezzo di tutela (tra cui l'azione risarcitoria); conseguentemente le necessità difensive poste a fondamento dell'istanza di accesso escludono in ogni caso l'operatività del limite previsto dall'art. 53, comma 5, lett.a), del predetto d.lgs. n. 50 del 2016.

3.- Con il ricorso in appello la TLS Group S.A. ha dedotto l'erroneità della sentenza per non avere rilevato l'inammissibilità del ricorso di primo grado per mancata impugnazione del provvedimento di aggiudicazione e comunque per falsa applicazione dell'art. 53, comma 5, lett. a), e comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto la mancata dimostrazione, da parte di VF, della necessità di utilizzare i risultati dell'accesso in uno specifico giudizio esclude l'interesse difensivo all'ostensione dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria.

4. - Si è costituita in resistenza la VF Worldwide Holdings Ltd chiedendo la reiezione del ricorso in appello.

5. - Si sono altresì costituiti in giudizio il Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale e l'Ambasciata d'Italia a Beirut concludendo per l'accoglimento dell'appello.

6. - Nella camera di consiglio del 30 luglio 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1.- Oggetto del contendere è la legittimità del diniego all'ostensione documentale dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria opposto dall'amministrazione all'istanza della VF Worldwide Holdings Ltd, risultata seconda graduata nella procedura di gara

informale per la esternalizzazione dei servizi relativi alle attività connesse al rilascio dei visti di ingresso in Italia.

L'appellante TLS Group SA critica la sentenza, in rito e nel merito, per non avere rilevato la mancata dimostrazione dello "interesse difensivo" agli atti di gara invocato dalla società appellata al fine di superare l'esclusione normativa dal diritto di accesso alle informazioni costituenti segreti tecnici e commerciali, e ciò nonostante l'omessa contestazione degli esiti della gara stessa, nonché (l'omessa) indicazione del concreto mezzo di tutela che la società avrebbe inteso attivare a valle dell'accesso all'offerta tecnica di TLS, in definitiva a fronte di un totale disinteresse alla contestazione delle risultanze della procedura e ad un'assolutamente generica affermazione di esigenza di tutela e difesa dei propri interessi in sede giurisdizionale.

Il motivo è fondato nel merito, cioè senza indurre ad una pronuncia di inammissibilità per mancata impugnazione dell'aggiudicazione.

Giova premettere come l'art. 53, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 disponga che *«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»*; il comma 5, lett. a), è la norma che esclude dall'ambito oggettivo di operatività del diritto di accesso *«le informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali»*.

Come la Sezione ha avuto già occasione di chiarire (cfr. Cons. Stato, V, 7 gennaio 2020, n. 64), dal combinato disposto delle due norme si evince la *voluntas legis*, consona al particolare contesto concorrenziale che informa la disciplina dei contratti pubblici, di escludere dall'ostensibilità propria degli atti di gara quella parte dell'offerta od anche delle giustificazioni dell'anomalia che riguardano le specifiche e riservate capacità tecnico-industriali od in genere gestionali proprie

dell'impresa in gara (il *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 industriale e commerciale e che concorre a definire e qualificare la specifica competitività dell'impresa nel mercato aperto alla concorrenza.

Il limite all'ostensibilità è subordinato all'espressa "manifestazione di interesse" da parte dell'impresa interessata, cui incombe l'onere dell'allegazione di motivata e comprovata dichiarazione, mediante la quale sia dimostrata l'effettiva sussistenza di un segreto industriale o commerciale meritevole di salvaguardia (nel caso di specie, il riferimento è alla nota di TLS in data 14 ottobre 2019, recante l'opposizione alla richiesta di accesso).

Nondimeno, la evidenziata causa di esclusione dall'accesso viene meno allorchè il concorrente dimostri che l'ostensione documentale è finalizzata alla difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto.

Dunque l'accesso è correlato alla sola esigenza di difesa in giudizio, previsione più restrittiva di quella, con portata generale, dell'art. 24, comma 7, della legge n. 241 del 1990, che consente un ventaglio più ampio di possibilità di accesso (correlate alla dimostrazione che la conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici, in una proiezione non necessariamente processuale).

Ne consegue che, al fine di esercitare, in un procedimento di gara per l'affidamento di contratti pubblici, il diritto di accesso riguardo ad informazioni contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali, è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità (da intendersi in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio (Cons. Stato, V, ord. 27 marzo 2020, n. 2150).

In altra concorrente prospettiva può dirsi che l'accesso difensivo presupponga la stretta indispensabilità della documentazione richiesta al fine di curare o difendere i propri interessi giuridici, atteso che nel quadro del bilanciamento tra il diritto alla tutela dei segreti industriali ed il diritto all'esercizio del c.d. accesso difensivo risulta necessario l'accertamento dell'eventuale nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate, con la conseguenza che l'onere della prova del suddetto nesso di strumentalità incombe, secondo il consueto criterio di riparto dell'onere della prova, su chi agisce (Cons. Stato, V, 28 febbraio 2020, n. 1451).

In definitiva il criterio normativo del bilanciamento dei contrapposti interessi, di cui all'art. 53, comma 6, richiede, da parte dell'istante, la prova dell'indispensabilità dei documenti ai quali è chiesto l'accesso, affinché possa difendersi in un determinato giudizio; il che equivale ad affermare che l'interesse difensivo all'accesso agli atti di gara va verificato in concreto (Cons. Stato, V, 30 luglio 2020, n. 5856).

Nel caso di specie tale prova dell'interesse difensivo non è stata fornita dall'appellata VF Worldwide, che si è limitata nell'istanza del 9 ottobre 2019 a declinare l'interesse all'accesso in termini di *“tutela e difesa dei propri interessi e diritti in sede giurisdizionale nella qualità di operatore economico partecipante alla gara”*.

Il ricorso di primo grado avverso il diniego all'ostensione dell'offerta tecnica aggiudicataria non è pertanto inammissibile per mancata impugnazione dell'aggiudicazione in favore di TLS, sebbene l'azione di annullamento costituisca lo strumento di tutela tipico e più efficace nel sistema di giustizia amministrativa, quanto piuttosto infondato nel merito, in quanto l'istante non ha palesato l'interesse all'accesso in concreto, con specifico riguardo ad un determinato giudizio (se del caso, anche di tipo meramente risarcitorio, o comunque prescindente dall'azione di annullamento).

Tale considerazione in ordine alla (mancata) dimostrazione dell'interesse difensivo da parte del soggetto che ha presentato l'istanza ostensiva giustifica di per sè il diniego da parte dell'Ambasciata, a prescindere dalla mancata motivazione, nella nota in data 28 ottobre 2019, in ordine alla verifica della sussistenza delle ragioni opposte dalla TLS nel proprio atto di opposizione all'accesso (il che esclude la necessità di approfondire la "novità" della censura, come tale inammissibile, come eccepito dalla VF Worldwide nella memoria datata 14 luglio 2020).

2. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va respinto il ricorso di primo grado.

La complessità delle questioni trattate integra le ragioni che per legge consentono la compensazione tra tutte le parti delle spese del doppio grado di giudizio, ferma restando la statuizione concernente la fase cautelare.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 30 luglio 2020, tenuta ai sensi dell'art. 84, comma 6, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Stefano Fantini**

**IL PRESIDENTE**  
**Carlo Saltelli**

**IL SEGRETARIO**