

APPALTI: Pubblica amministrazione - Accesso ai documenti amministrativi - In genere - Atti di gara - Condizione.

Cons. Stato, Sez. V, 14 gennaio 2022, n. 263

- in *Il Foro amm.*, 1, 2022, pag. 39.

- in *Riv. giur. dell'edilizia*, 2, 2022, pag. 546 ss.

“[...] Al fine dell’esercizio del diritto di accesso nell’ambito di un procedimento di gara per l’affidamento di contratti pubblici, in cui sono contenute informazioni che potrebbero concernere eventuali segreti tecnici o commerciali, è essenziale, dunque, dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità (e, dunque, la stretta indispensabilità) dell’utilizzazione della documentazione richiesta in uno specifico giudizio, atteso che, nel quadro del bilanciamento tra il diritto alla tutela della riservatezza ed il diritto all’esercizio del cosiddetto accesso difensivo, risulta necessario accertare l’effettiva sussistenza o meno del 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. L’interesse difensivo all’accesso agli atti di gara va, dunque, verificato in concreto [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2021 il Cons. Elena Quadri e udito per l’appellante l’avvocato Granara Daniele;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Arimondo s.r.l. ha impugnato la deliberazione della giunta del comune di Diano Marina del 4 dicembre 2020 n. 173, avente ad oggetto: *“proposta di partenariato pubblico privato: leasing in costruendo – dichiarazione della fattibilità della proposta di progetto ai sensi art. 183 comma 15 del Codice dei Contratti D.Lgs. 50 2016 s.m.i.”*, la nota dirigenziale del 19 febbraio 2021 con la quale l’Ingegnere Capo–Responsabile del Settore 7° Edilizia Privata–Urbanistica–Demanio ha parzialmente denegato l’istanza di accesso proposta dalla società ricorrente il 18 febbraio 2021,

nonché la nota del Segretario Generale del 29 marzo 2021, recante la conferma del suindicato, già impugnato, diniego di accesso.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Liguria, con ordinanza 2 agosto 2021, n. 732, ha accolto l'istanza di accesso proposta nel ricorso ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a., annullando gli atti di diniego.

Il comune di Diano Marina ha proposto appello contro la suddetta ordinanza collegiale decisoria, deducendo con due motivi di gravame l'erronea individuazione della violazione e la falsa applicazione dell'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016 e degli artt. 22 e ss. della l. n. 241 del 1990 e s.m.i. Si è costituita Arimondo s.r.l. per resistere all'appello con memoria formale.

Alla camera di consiglio del 16 dicembre 2021 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Giunge in decisione l'appello proposto dal comune di Diano Marina contro l'ordinanza del Tribunale amministrativo regionale per la Liguria 2 agosto 2021, n. 732, che ha accolto l'istanza proposta ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a. nel ricorso di Arimondo s.r.l. per l'annullamento della deliberazione di giunta comunale n. 173/2020 di dichiarazione di interesse pubblico della proposta di partenariato pubblico privato formulata dall'ATI tra Editel s.p.a., Iccrea Bancaimpresa s.p.a. e Talea società di gestione immobiliare s.p.a. ai sensi dell'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i. per la realizzazione di un nuovo plesso scolastico in località Cioso Canepa mediante accorpamento delle scuole dell'obbligo. L'ordinanza ha annullato, altresì, il provvedimento di diniego opposto dall'amministrazione, ordinando al comune di Diano Marina l'esibizione della documentazione richiesta dalla Società ricorrente.

L'istanza di accesso e il ricorso erano motivati dal fatto che la predetta proposta prevedeva la realizzazione di una media struttura di vendita in un'immobile di via Biancheri (quello attualmente destinato a sede scolastica), e l'interesse della Società era individuabile nell'essere titolare di un esercizio commerciale nelle immediate adiacenze, potendo la prospettata nuova media superficie di vendita rivelarsi un polo di potenziale sottrazione di clientela.

Il Comune, che il 19 febbraio 2021 aveva già inoltrato alcuni dei documenti richiesti dalla Società, con nota del Segretario Generale del 29 marzo 2021 respingeva l'ulteriore istanza di accesso presentata con riferimento agli altri documenti, riconoscendo che, allo stato, la Arimondo s.r.l. non era titolare di un interesse diretto, attuale e concreto all'ostensione e chiarendo ulteriormente che:

- la deliberazione di giunta comunale n. 173/2020 si era limitata a valutare positivamente la proposta di partenariato, ritenendola sostenibile e conforme all'interesse pubblico;

- il progetto sotteso a siffatta proposta era ancora in corso di valutazione da parte dell'amministrazione pubblica e, solo in esito a detta concreta valutazione, lo stesso sarebbe stato definitivamente approvato e posto a base della successiva procedura ad evidenza pubblica. In detto contesto, l'amministrazione comunale si determinava nel riconoscere che il diritto all'accesso agli atti del procedimento ex art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i. dovesse essere limitato e/o comunque (previa integrazione della motivazione posta a fondamento dell'interesse attuale, diretto e concreto da parte della Società) differito, ai sensi dell'art. 9, comma 2, del d.P.R. n. 184 del 2006 e s.m.i., indicando quale termine successivo del differimento l'avvenuta pubblicazione del bando della procedura concorsuale.

Con il primo motivo di gravame l'appellante ha dedotto l'erroneità dell'ordinanza impugnata, atteso che la semplice pendenza dell'impugnazione proposta dalla Società nei confronti della deliberazione di giunta comunale n. 173/2020, senza alcun giudizio di merito sull'effettiva necessità di detta documentazione ai fini della difesa in giudizio, non potrebbe *ex sé* rendere concreto l'interesse all'ostensione della documentazione richiesta.

Con il secondo motivo di gravame l'appellante ha dedotto l'erroneità dell'ordinanza impugnata anche perché l'ostensione della documentazione progettuale (peraltro ancora in fase di valutazione istruttoria da parte dell'amministrazione) potrebbe fornire un indebito vantaggio per la successiva partecipazione alla gara. Inoltre, gli atti progettuali, il PEF e tutto quant'altro prodotto dal privato a corredo della sua proposta non può essere oggetto di annullamento giudiziario, sicché è evidente che prima della messa a gara del progetto definitivo approvato, non sussisterebbe alcuno specifico interesse da parte di alcun soggetto, all'ostensione dei documenti contenuti nella proposta progettuale del privato.

L'appellante chiede, in conclusione, la riforma dell'ordinanza appellata e, per l'effetto, il rigetto dell'istanza *ex art.* 116, comma 2, c.p.a. e dei successivi motivi aggiunti.

L'appello è fondato.

Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, lo strumento attraverso il quale contemperare in concreto la contrapposizione di interessi tra il diritto d'accesso e il diritto alla riservatezza è costituito dal parametro della «*stretta indispensabilità*» di cui all'art. 24, comma 7, secondo periodo, l. 7 agosto 1990, n. 241, giacché esso è quello che, proprio a livello legislativo, viene contemplato come idoneo a giustificare la prevalenza dell'interesse di una parte — mossa dall'esigenza di «*curare o difendere propri interessi giuridici*» — rispetto all'interesse di un'altra parte, altrettanto mossa dall'esigenza di «*curare o difendere propri interessi giuridici*» legati ai dati sensibili che la riguardano e che possono essere contenuti nella documentazione chiesta in sede di

accesso (cfr., fra le tante, Cons. Stato, sez. IV, 19 febbraio 2021, n. 1492; sez. V, 26 ottobre 2020, n. 6463; 21 agosto 2020, n. 5167; 24 maggio 2018, n. 3122; sez. VI, 11 aprile 2017, n. 1692).

Al fine dell'esercizio del diritto di accesso nell'ambito di un procedimento di gara per l'affidamento di contratti pubblici, in cui sono contenute informazioni che potrebbero concernere eventuali segreti tecnici o commerciali, è essenziale, dunque, dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità (e, dunque, la stretta indispensabilità) dell'utilizzazione della documentazione richiesta in uno specifico giudizio, atteso che, nel quadro del bilanciamento tra il diritto alla tutela della riservatezza ed il diritto all'esercizio del cosiddetto accesso difensivo, risulta necessario accertare l'effettiva sussistenza o meno del 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.

L'interesse difensivo all'accesso agli atti di gara va, dunque, verificato in concreto.

Nel caso di specie, la semplice pendenza dell'impugnazione proposta dalla Società nei confronti della deliberazione di giunta comunale n. 173/2020, di dichiarazione di interesse pubblico della proposta di partenariato pubblico privato formulata ai sensi dell'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016, senza alcuna esplicitazione dell'effettiva necessità della documentazione richiesta ai fini della difesa in giudizio, non può rendere concreto l'interesse all'ostensione della documentazione stessa.

In ogni caso, l'ulteriore documentazione richiesta dalla Società e della quale il Comune ha denegato l'ostensione, ed in particolare il PEF e la documentazione tecnico – progettuale allegati alla proposta di partenariato, non sono necessari alla difesa in giudizio di Arimondo, atteso che, essendo il suo interesse esclusivamente di natura anticoncorrenziale - come risulta evidente dalle sue stesse difese -ne consegue l'insussistenza di qualsivoglia interesse all'ostensione in capo alla medesima Società della succitata documentazione.

Deve, inoltre, considerarsi che, come efficacemente posto in evidenza dalla difesa comunale, il progetto in questione, presentato per la realizzazione del nuovo plesso scolastico, è in piena fase istruttoria e di valutazione. In tale fase procedimentale, l'ostensione della documentazione progettuale potrebbe fornire un indebito vantaggio per la successiva partecipazione alla gara.

In ogni caso, gli atti che fanno parte del progetto prodotto dal privato a corredo della sua proposta di partenariato non possono essere annullati in sede giurisdizionale, risultando, quindi, evidente l'insussistenza di alcuno specifico interesse da parte di alcun soggetto all'ostensione di tali

documenti prima dell'approvazione del progetto definitivo e della conseguente indizione della procedura concorsuale sulla base dello stesso.

Invero, l'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016, disciplina una peculiare procedura che contempla una prima valutazione della proposta pervenuta dal privato e una preliminare deliberazione sulla fattibilità e sull'interesse pubblico alla realizzazione della stessa, conseguendone l'approfondimento e la possibile modifica del progetto, tanto che la disposizione normativa succitata prevede la possibilità di porre a gara un progetto modificato e radicalmente diverso da quello inizialmente presentato.

Solo all'esito della completa definizione della proposta progettuale e dell'approvazione della stessa nell'ambito dell'esercizio della discrezionalità tecnica di cui è titolare l'amministrazione comunale, sarà possibile per gli interessati accedere agli atti e formulare eventuale opposizione, essendo necessario garantire adeguata tutela sia alla riservatezza del proponente con riferimento alla documentazione dallo stesso presentata all'amministrazione, che al Comune nell'ambito dell'esercizio del suo potere discrezionale di valutazione.

Nei provvedimenti gravati in primo grado, l'Amministrazione aveva, invero, puntualmente individuato il momento procedimentale in cui ci si trovava e aveva esplicitato che, proprio in ragione di detto momento procedimentale, l'accesso poteva essere differito.

Risulta dunque pienamente giustificato, allo stato del procedimento, il diniego o il differimento dell'accesso richiesto.

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va accolto.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

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 dell'ordinanza appellata, respinge l'istanza di accesso ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a., formulata dalla ricorrente in primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Valerio Perotti, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere
Anna Bottiglieri, Consigliere
Elena Quadri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Elena Quadri

IL PRESIDENTE

Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO