

Pubblicato il 16/09/2022

N. 11896/2022 REG.PROV.COLL.

N. 05512/2022 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5512 del 2022, proposto da Elisicilia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Borgia, Michele Dell'Arte e Carmela Marino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

ENAC – Ente Nazionale per l'Aviazione Civile, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Marco Di Giugno e Daniela De Vecchis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso la Direzione Generale dell'ENAC, viale Castro Pretorio, 118;

nei confronti

GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Mazzeo e Paolo Caruso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

del diniego parziale all'accesso agli atti gara, di cui alla comunicazione prot. 52375 del 02.05.2022 inviata a mezzo pec in pari data, con cui l'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile – Direzione Aeroportuale Lazio ha negato alla ricorrente l'accesso all'offerta tecnica, all'offerta economica e alle giustificazioni sull'anomalia dell'offerta, della ditta Gruppo Servizi Associati S.p.A., nell'ambito della procedura di gara a procedura aperta per l'appalto dei servizi di presidio antincendio, allontanamento volatili e fauna, ispezione pista e presidi antincendio presso l'aeroporto di Roma Urbe – CIG: 8914453754 e di ogni atto presupposto, connesso e conseguente, con condanna dell'amministrazione all'ostensione della documentazione richiesta.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ENAC – Ente Nazionale per l'Aviazione Civile e di GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 luglio 2022 il dott. Luca Biffaro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente Elisicilia S.r.l. – gestore uscente del servizio oggetto di affidamento – esponeva di aver partecipato alla gara a procedura aperta per l'affidamento dei servizi di presidio antincendio, allontanamento volatili e fauna, ispezione pista e presidi antincendio dell'aeroporto di Roma Urbe, indetta dall'ENAC – Ente Nazionale per l'Aviazione Civile (di seguito, anche solo “ENAC”) con bando pubblicato sulla G.U.U.E. n. S189 del 29 settembre 2021 e sulla G.U.R.I. n. 120 del 15 ottobre 2021.

1.1. In proposito si evidenzia, per quel che rileva ai fini del presente giudizio, che la Commissione giudicatrice, all'esito delle operazioni di valutazione delle offerte presentate dagli operatori economici concorrenti ammessi alla gara (ossia, unicamente la società ricorrente e la controinteressata GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.A.), formava la graduatoria di merito, nella quale GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.A. figurava al primo posto con il punteggio totale di 96,09, mentre Elisicilia S.r.l. si collocava al secondo posto con il punteggio di 89,78. La società ricorrente, pur avendo formulato un'offerta economica migliore di quella della società controinteressata (valutata 30 punti a fronte di una valutazione di 26,09 punti attribuiti all'offerta economica di GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.A.), si collocava in seconda posizione alla luce del minor punteggio ottenuto con riguardo alla offerta tecnica e del maggior scarto rispetto al punteggio ottenuto per tale componente dell'offerta da parte della società controinteressata (alla cui offerta tecnica veniva attribuito il punteggio massimo di 70 punti).

1.2. L'ENAC, quindi, procedeva ad aggiudicare l'appalto a GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.A. con provvedimento del Direttore Generale prot. n. 21-P del 15 aprile 2022, comunicato con nota prot. n. 47064 del 19 aprile 2022.

1.3. Elisicilia S.r.l., dopo aver ricevuto la comunicazione di aggiudicazione da parte dell'ENAC procedeva, in data 19 aprile 2022, a formulare istanza di accesso agli atti di gara, richiedendo l'ostensione *“1) della documentazione amministrativa; 2) dell'offerta tecnica; 3) dell'eventuale documentazione riguardante la verifica di anomalia dell'offerta; 4) di ogni altro atto prodromico consequenziale successivo e connesso”*, con la seguente motivazione *“La presente richiesta si rende necessaria al fine di tutelare compiutamente i propri interessi, considerato l'interesse diretto, concreto ed attuale della scrivente a conoscere il contenuto della documentazione cui la presente istanza è rivolta, in qualità di operatore economico partecipante alla procedura de quo”* (cfr. doc. 4 della produzione di parte ricorrente).

1.4. L'ENAC, nel riscontrare tale istanza di accesso in data 22 aprile 2022, ostendeva soltanto la documentazione amministrativa e per i restanti documenti richiesti comunicava che *“Con riferimento alla documentazione riguardante l'offerta tecnica e quella riguardante la verifica dell'anomalia dell'offerta, si informa che, ai sensi dell'art. 22, comma 1 lett. c) della L. n.241/90 e dell'art.3 del DPR n.184/2006, copia dell'istanza è stata inviata al soggetto controinteressato al fine dell'indicazione delle parti di documentazione costituenti segreti tecnici o commerciali?”* (cfr. doc. 5 della produzione di parte ricorrente).

1.5. GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.A., nella sua qualità di parte controinteressata alla richiesta d'accesso in questione, in data 29 aprile 2022 opponeva un motivato rifiuto all'ostensione della documentazione richiesta da Elisicilia S.r.l., ritenendo che la stessa contenesse informazioni costituenti segreti tecnici e commerciali, in quanto relativa a *“informazioni riservate attinenti il know-how aziendale, che potrebbero consentire alle imprese concorrenti un vantaggio ingiustificato – in quanto non discendente dalle interne attività di studio, ricerca e sviluppo – in occasione di successive procedure di gara [...] I dati contenuti nell'offerta tecnica e in quella economica costituiscono precipuamente patrimonio della scrivente e potrebbero essere utilizzati commercialmente in altre gare o, comunque, in altri servizi dalle richiedenti società”* (cfr. doc. 7 della produzione di ENAC).

1.5.1. GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.A., sempre con il riscontro del 29 aprile 2022, richiedeva, laddove l'ENAC si fosse determinato a concedere l'accesso alla documentazione richiesta da Elisicilia S.r.l., a non ostendere, in ogni caso, alcune informazioni specificamente indicate e fornite in sede di offerta in relazione al progetto tecnico, in quanto costituenti segreti tecnici e/o commerciali, per le seguenti motivazioni *“Tutte le parti sopraelencate sono frutto del know-how aziendale, della nostra struttura organizzativa, della nostra progettazione del servizio, del nostro sistema organizzativo di fornitura del servizio, delle nostre metodologie tecnico-operative, insomma delle nostre esperienze acquisite nel settore e tutto ciò che costituisce il presupposto per le certificazioni*

aziendali ottenute. Sono inoltre presenti elementi di particolare pregio come i servizi migliorativi offerti e le attrezzature migliorative previste, che contengono soluzioni innovative originali elaborate da GSA” (cfr. doc. 7 della produzione di ENAC).

GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.A. procedeva poi ad indicare in maniera specifica tali informazioni – nelle quali rientrano: *a)* gli elenchi delle strutture (clienti) presso le quali si svolgono attività analoghe a quelle oggetto dell’appalto in questione; *b)* la struttura organizzativa (dimensionamento e articolazione del personale, organizzazione del servizio); *c)* i sistemi di gestione e le metodologie per garantire la continuità e il miglioramento del servizio; *d)* uno specifico sistema informativo, con software proprietario e sviluppato all’interno dell’azienda; *e)* le modalità di supervisione delle attività; *f)* la qualificazione e il profilo professionale degli addetti; *g)* la modalità e le procedure per assicurare la gestione delle emergenze inerenti alla Safety; *h)* il protocollo di formazione specifico per le attività di sorveglianza antincendio, ideato e applicato da GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.A., sulla scorta di una esperienza pluriennale e non diffuso sul mercato di riferimento; *i)* i mezzi di allestimento antincendio specificamente proposti per l’esecuzione del servizio; *j)* una serie di elementi migliorativi frutto delle idee di GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.A. – arricchendo con ulteriori elementi, per ciascuna di esse, il quadro motivazionale a supporto della opposizione alla istanza ostensiva di Elisicilia S.r.l. (cfr. doc. 7 della produzione di ENAC).

Analogo, specifico, motivato diniego veniva opposto con riguardo alla documentazione relativa alla offerta economica e alle giustificazioni rese in sede di verifica di anomalia, per le quali GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.A. chiedeva la totale sottrazione all’accesso (cfr. doc. 7 della produzione di ENAC).

GSA– Gruppo Servizi Associati S.p.A., inoltre, rappresentava di essere “*uno dei maggiori operatori del mercato nazionale dei servizi di antincendio e gestione delle emergenze e pertanto costituisce un punto di riferimento per le imprese concorrenti, anche quelle meno strutturate*

che non hanno investito in ricerca, innovazione e sviluppo alla pari di GSA, che potrebbero giovare impropriamente delle soluzioni progettuali da Noi ideate grazie alla visione di parti dell'offerta tecnica, di quella economica e di ogni altro documento connesso: quanto espresso, dichiarato e debitamente motivato nel presente documento ha lo scopo – fondato e reale - di tutelare il know-how e le risorse umane, strumentali ed economiche profuse dalla Scrivente, non solo in qualità di ditta partecipante alla procedura de quo, ma anche quale azienda leader del mercato di settore” (cfr. doc. 7 della produzione di parte ricorrente).

1.6. L'ENAC, con nota del 2 maggio 2022 inviata alla società ricorrente a mezzo Pec, trasmetteva la “Relazione tecnica” di cui alla offerta presentata da GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.A., oscurata nelle parti che tale ultima società “*ha comunicato rappresentare parte del know how aziendale costituente segreti tecnici e/o commerciali di particolare rilevanza*” e negava l'accesso alla restante documentazione riportando che “*Per le stesse motivazioni il controinteressato ha negato integralmente l'accesso alla documentazione costituente l'offerta economica nonché quella prodotta relativamente alle giustificazioni in merito alla anomalia della stessa*” (cfr. doc. 1 della produzione di parte ricorrente).

1.7. Elisicilia S.r.l., in data 4 maggio 2022, nel reiterare l'istanza di accesso agli atti, controdeduceva alla motivazione posta da ENAC a supporto della nota del 2 maggio 2022, anche alla luce del fatto che la “Relazione tecnica” fosse stata solo parzialmente ostesa (cfr. doc. 3 della produzione di parte ricorrente). Tale comunicazione non riceveva riscontro da parte dell'ENAC.

2. Elisicilia S.r.l. insorgeva avverso il gravato diniego parziale di accesso agli atti di gara, con un unico e articolato motivo di ricorso, contestando l'illegittimità di tale provvedimento per “*Violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 53 del dlgs. 50/2016 e degli artt. 22 e ss. della l.241/1990. Eccesso di potere per difetto d'istruttoria e motivazione. Violazione dei principi di trasparenza, imparzialità e buon andamento*”. In particolare, la società ricorrente contestava la legittimità dell'operato di ENAC alla luce del fatto che, pur avendo partecipato alla gara ed essendosi collocata in seconda posizione,

non avrebbe potuto tutelare in giudizio i propri interessi senza l'ostensione della documentazione richiesta e negata dall'ENAC – salva la proposizione di un ricorso al buio – risultando ad essa, allo stato, preclusa la possibilità di verificare la legittimità dell'operato della Commissione giudicatrice. Tale situazione, invero, non sarebbe mutata in seguito alla parziale *disclosure* della relazione tecnica dell'aggiudicataria, in quanto il documento osteso riportava unicamente 11 pagine su un totale di 76 e, inoltre, le era stata integralmente negata la documentazione inerente alla offerta economica e ai giustificativi relativi alla verifica di anomalia.

In particolare, Elisicilia S.r.l. contestava la legittimità del diniego parziale di accesso opposto dall'ENAC ritenendo che tale ente non avesse svolto alcuna valutazione in ordine alla fondatezza dei motivi di opposizione espressi dalla società aggiudicataria, limitandosi a richiamare acriticamente le considerazioni svolte da quest'ultima. L'ENAC, secondo la prospettazione della società ricorrente, sarebbe così venuto meno al suo dovere di motivare adeguatamente il diniego di accesso, non avendo dato conto, secondo il suo imparziale giudizio, della effettiva sussistenza di esigenze di riservatezza correlate alla presenza di segreti tecnici e/o commerciali. In proposito, la società ricorrente ulteriormente contestava il fatto che l'ENAC non avesse valutato la consistenza del carattere riservato delle informazioni per le quali era stata opposta la sussistenza di un segreto tecnico e/o commerciale da parte di GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.A., alla luce di quanto previsto dall'art. 98 del d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 recante “Codice della proprietà industriale”.

In via gradata, Elisicilia S.r.l. contestava la legittimità dell'operato dell'ENAC anche sotto un altro profilo, in quanto laddove tale ente avesse considerato fondate le esigenze di riservatezza opposte dalla società controinteressata, ciò di per sé non avrebbe potuto condurre all'adozione del gravato diniego parziale di accesso, in quanto sarebbe stato comunque onere dell'amministrazione valutare, ai sensi dell'art. 53, comma 6, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, se consentire l'accesso a Elisicilia S.r.l.

ai fini della difesa in giudizio dei suoi interessi in relazione alla procedura di affidamento in questione.

2.1. GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.A. si costituiva in giudizio con una mera memoria di stile.

2.2. Anche l'ENAC si costituiva in giudizio e, con memoria depositata in data 30 giugno 2022, eccepiva, in via pregiudiziale, l'improcedibilità del ricorso per carenza di interesse, in ragione della mancata impugnazione, da parte di Elisicilia S.r.l., dell'aggiudicazione dell'appalto in questione, che connoterebbe di un carattere meramente esplorativo l'interesse posto a fondamento della richiesta di accesso agli atti di gara. Oltretutto, l'ENAC contestava anche l'inammissibilità della richiesta di accesso formulata da Elisicilia S.r.l., considerandola esplorativa in ragione della mancata prova, da parte della società istante, del nesso di stretta indispensabilità fra la documentazione richiesta e l'esigenza di tutelare i propri interessi in giudizio, anche in ragione del fatto che la documentazione richiesta ineriva a informazioni rientranti nel *know-how* di GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.A., ossia di un concorrente orizzontale della società ricorrente.

L'ENAC, in proposito, asseriva che Elisicilia S.r.l. avrebbe chiesto la *disclosure* di tutta la documentazione di gara prodotta dalla società aggiudicataria limitandosi ad evidenziare, nella prima richiesta di accesso, di voler tutelare i propri interessi in qualità di operatore economico partecipante alla gara e, con la reiterazione di tale istanza, in qualità di partecipante classificatosi al secondo posto, di essere genericamente in possesso di un concreto e obiettivo interesse a impugnare gli esiti della gara per ottenerne l'aggiudicazione.

2.2.1. L'ENAC, inoltre, eccepiva anche l'infondatezza del gravame in quanto, ai sensi dell'art. 53, comma 6, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, sarebbe esclusa dall'accesso quella parte dell'offerta strettamente afferente al *know-how* del singolo concorrente, da intendersi come quell'insieme di esperienze e competenze che

consentono a un operatore economico di essere competitivo nel mercato di riferimento. ENAC, a conforto della legittimità del proprio operato, affermava di aver tenuto conto delle motivate e comprovate dichiarazioni rese dalla controinteressata GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.A., vagliando la validità e la pertinenza delle ragioni di opposizione all'accesso e determinandosi, nel caso di specie, per la prevalenza delle esigenze di riservatezza della società controinteressata su quelle ostensive di Elisicilia S.r.l.

2.3. Elisicilia S.r.l., in vista della camera di consiglio del 20 luglio 2022, depositava una memoria di replica insistendo per l'ammissibilità e la fondatezza del gravame e ne chiedeva l'accoglimento. In particolare, la società ricorrente asseriva che GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.A. non avrebbe dimostrato che la documentazione richiesta presentasse effettivamente – e, comunque, nella sua quasi totale interezza – i connotati del segreto industriale e/o commerciale e fosse, per questo, suscettibile di essere sottratta all'accesso.

2.4. Alla camera di consiglio del 20 luglio 2022 la causa veniva discussa e poi trattenuta in decisione.

3. Il Collegio ritiene fondata l'eccezione di inammissibilità del gravame per carenza di interesse, sollevata dall'ENAC in relazione al prospettato carattere meramente esplorativo dell'istanza ostensiva formulata da Elisicilia S.r.l. con riguardo agli atti di gara richiesti, discendente dal mancato assolvimento dell'onere probatorio in ordine al connotato della stretta indispensabilità della documentazione richiesta *“ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto”* ai sensi dell'art. 53, comma 6, c.c.p.

3.1. Come evidenziato in precedenza, ai fini della presente controversia rileva la disposizione di cui all'art. 53 c.c.p. in quanto, da un lato, l'istanza di accesso agli atti di gara formulata da Elisicilia S.r.l. si fonda espressamente anche su tale base giuridica e, dall'altro, l'ENAC ha espressamente motivato il gravato provvedimento

di diniego parziale di accesso alla luce della opposizione di GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.A., a sua volta motivata sulla scorta del fatto che la documentazione richiesta (e non ostesa) rappresentasse parte del *know-how* aziendale e, quindi, contenesse informazioni di carattere segreto sotto il profilo tecnico e/o commerciale.

3.2. In ordine all'art. 53 c.c.p. la giurisprudenza amministrativa ha affermato che tale norma si pone in termini di specialità o di coerente sviluppo normativo rispetto all'art. 24 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. n. 369 del 20 gennaio 2022). In particolare, tale norma, al comma 5, lett. *a*), esclude 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*”. La *ratio* di tale norma, secondo il costante orientamento della giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. n. 6463 del 26 ottobre 2020; Cons. Stato, sez. V, sent. n. 5167 del 21 agosto 2020; Cons. Stato, sez. V, sent. n. 4220 del 1° luglio 2020; Cons. Stato, sez. V, sent. n. 1451 del 28 febbraio 2020) consiste nell'escludere dall'accesso quella parte dell'offerta strettamente afferente al *know-how* del singolo concorrente, costituito dalle competenze e dalle esperienze maturate nel tempo che ne determinano la competitività nel mercato di riferimento.

3.3. L'art. 53, comma 6, c.c.p., invece, stabilisce 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*”. La giurisprudenza amministrativa, nell'operare l'esegesi di tali norme, ha rilevato che mentre l'art. 53, comma 5, c.c.p. definisce, in chiave di principio, l'ambito materiale degli atti di gara sottratti all'accesso, il successivo comma 6 opera in chiave derogatoria di tale principio, dando prevalenza alla difesa in giudizio degli interessi degli operatori

economici partecipanti alla gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. n. 369 del 20 gennaio 2022).

3.4. La giurisprudenza amministrativa, proprio con riferimento all'ambito di operatività dell'art. 53, comma 6, c.c.p., ha poi affermato che l'accesso del concorrente alle informazioni fornite dagli altri operatori partecipanti alla gara nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della stessa nel sub-procedimento di verifica di anomalia, ove contenenti segreti tecnici o commerciali, è sì consentito, ma solo laddove sia concretamente necessario (ossia, strettamente indispensabile) ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto. In proposito, infatti, è stato rilevato che *“la legge non pone una regola di esclusione (dell'esercizio del diritto di accesso in relazione ai documenti dell'offerta inerenti ai segreti tecnici e commerciali dell'offerente, n.d.e.) basata su una presunzione assoluta valevole ex ante, ma impone un valutazione in concreto dei motivi addotti 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.). Del resto, l'accesso è, nella materia in esame, strettamente legato alla sola esigenza di «difesa in giudizio»: previsione più restrittiva di quella dell'art. 24, comma 7, l. n. 241 del 1990, che contempla un ventaglio più ampio di possibilità, consentendo l'accesso, ove necessario, senza alcuna restrizione alla sola dimensione processuale (cfr. Cons. Stato, V, 9 dicembre 2008, n. 6121). Ne consegue che, al fine di esercitare il diritto di accesso riguardo a 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 riguardarsi, restrittivamente, in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio”* (cfr. Cons. Stato, sez. III, sent. n. 5290 del 13 luglio 2021).

3.4.1. A differenza di quanto previsto dall'art. 24, comma 7, della legge n. 241/1990 in relazione all'istituto dell'accesso documentale c.d. difensivo, l'interesse richiesto a sostegno delle istanze ostensive per le quali viene in rilievo l'art. 53, comma 6, c.c.p.

non può limitarsi alla mera intenzione di verificare e sondare l'eventuale opportunità di proporre un ricorso giurisdizionale avverso il provvedimento di aggiudicazione o gli altri atti di gara potenzialmente lesivi della propria sfera giuridica – ancorché tale intenzione provenga dall'impresa che ha partecipato alla gara ed è risultata seconda graduata (in termini, cfr. Cons. Stato, sez. III, sent. n. 5290 del 13 luglio 2021) – poiché tale norma, nella specifica situazione dalla stessa contemplata, non consente di esercitare il diritto di accesso al fine di esplorare la possibilità di azionare in giudizio una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela da parte dell'ordinamento.

3.5. Secondo un rigoroso indirizzo giurisprudenziale, a fronte di un diniego di accesso alle informazioni inerenti all'offerta presentata da un operatore economico in sede di gara o alle giustificazioni della stessa rese nel sub-procedimento di verifica di anomalia dell'offerta, per ragioni legate alla tutela di segreti tecnici e/o commerciali, l'interesse ostensivo dell'istante diviene prevalente solo ove tale soggetto dimostri la stretta indispensabilità della conoscenza della documentazione richiesta rispetto alla difesa in giudizio dei propri interessi correlati all'affidamento pubblico: ciò, in particolare, trova concreta e attuale dimostrazione solo con la avvenuta instaurazione di un giudizio avverso gli atti della procedura di gara ritenuti lesivi della sua sfera giuridica (nel caso di specie, il giudizio avrebbe dovuto riguardare la legittimità dell'aggiudicazione disposta in favore della società prima graduata, ossia la controinteressata GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.A., e degli altri atti di gara). In proposito, il giudice amministrativo si è espresso nei seguenti termini: *“il principio secondo cui, nella specifica materia de qua, il discrimine tra interesse emulativo/esplorativo, insufficiente a giustificare la deroga all'esigenza di protezione dei segreti tecnici e commerciali della concorrente incorporati nella documentazione relativa all'offerta tecnica, ed interesse genuinamente difensivo, atto secundum legem a superare la suddetta barriera opposta dal legislatore al soddisfacimento dell'interesse ostensivo, coincide con l'avvenuta (o meno)*

instaurazione di un giudizio inerente agli atti della gara cui l'istanza di accesso si riferisce: conclusione che, ad avviso della Sezione, è coerente con la formulazione testuale della clausola derogatrice (art. 53, comma 6, d.lvo n. 50/2016: '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'), la quale subordina l'interesse ostensivo prevalente alla sussistenza di una correlazione strumentale tra l'accesso e la difesa in giudizio degli interessi che innervano la posizione di concorrente nell'ambito di una procedura di affidamento, quale non può non trovare concreta ed attuale dimostrazione nella avvenuta instaurazione di un giudizio avverso gli atti lesivi di quella procedura' (cfr. Cons. Stato, sez. III, sent. n. 5290 del 13 luglio 2021).

3.6. Il Collegio, pur ritenendo di aderire al suddetto orientamento giurisprudenziale con riguardo alla valutazione di stretta indispensabilità della specifica documentazione di gara che viene in rilievo nel caso di specie – ossia, quella relativa all'offerta, tecnica ed economica, presentata dalla società controinteressata e ai giustificativi resi alla stazione appaltante resistente in sede di verifica di anomalia – considera, alla luce della proposta ricostruzione esegetica dell'art. 53, commi 5, lett. a), e 6, c.c.p., che una simile valutazione non debba necessariamente essere limitata alla verifica dell'instaurazione di un giudizio avverso gli atti di gara, ma vada svolta in concreto alla luce delle “*deduzioni difensive potenzialmente esplicabili*” da parte del ricorrente che ha richiesto l'accesso (cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. n. 369 del 20 gennaio 2022; Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 2472 del 14 maggio 2014). Ad avviso del Collegio, tale soluzione risulta più aderente al recente indirizzo dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (cfr., in particolare, Cons. Stato, Ad. plen., sent. n. 12 del 2 luglio 2020) che ha considerato applicabile, *ratione materiae*, il principio della piena conoscenza o conoscibilità degli atti di gara.

3.7. Nel caso di specie, tuttavia, il ricorso risulta inammissibile in quanto l'istanza ostensiva formulata da Elisicilia S.r.l. nei confronti dell'ENAC presenta un carattere effettivamente emulativo per le seguenti ragioni.

3.7.1. La società ricorrente, come esposto in precedenza, ha motivato l'originaria istanza di accesso agli atti del 19 aprile 2022 nel modo seguente *“La presente richiesta si rende necessaria al fine di tutelare compiutamente i propri interessi, considerato l'interesse diretto, concreto ed attuale della scrivente a conoscere il contenuto della documentazione cui la presente istanza è rivolta, in qualità di operatore economico partecipante alla procedura de qua”* (cfr. doc. 4 della produzione di parte ricorrente). Tale istanza non reca, nei limiti della ragionevole esigibilità connessa alla mancata conoscenza da parte di Elisicilia S.r.l. del contenuto della documentazione richiesta e non ostesa, alcuna deduzione difensiva potenzialmente esplicabile avverso il provvedimento di aggiudicazione e gli altri atti di gara, ma contiene unicamente un generico riferimento alla necessità di tutelare i propri interessi in qualità di operatore economico partecipante alla gara di cui si tratta.

3.7.2. Neppure la reiterata istanza di accesso del 4 maggio 2022 – successiva al gravato diniego parziale di accesso adottato dall'ENAC in data 2 maggio 2022 – reca alcuna deduzione difensiva potenzialmente esplicabile avverso gli atti di gara potenzialmente lesivi della sfera giuridica della società ricorrente. Infatti Elisicilia S.r.l., con tale seconda istanza, dopo aver nuovamente affermato il proprio diritto ad accedere alla documentazione richiesta in forza della sua partecipazione alla gara e della sua specifica collocazione in graduatoria (all'uopo invocando genericamente la necessità di tutelare il proprio interesse alla legittimità dell'aggiudicazione e degli altri atti della procedura), afferma che la strumentalità della richiesta ostensiva risiede nello *“interesse ad impugnare gli esiti della graduatoria, al fine di ottenere essa stessa l'aggiudicazione”* (cfr. doc. 3 della produzione di parte ricorrente). La società ricorrente, pertanto, anche in sede di reiterazione della istanza di accesso non assolve

l'onere di dimostrare il necessario nesso di stretta indispensabilità tra la documentazione richiesta e la tutela in giudizio dei propri interessi in relazione agli atti della procedura di gara potenzialmente lesivi della sua sfera giuridica; essa, invero, si limita a dichiarare quale azione giudiziaria intenda eventualmente intraprendere (ossia, un'azione di annullamento avverso il provvedimento di aggiudicazione) senza tuttavia indicare quali potrebbero essere, in ipotesi, i possibili profili di censura atti ad inficiarne la legittimità. Invero la società ricorrente, con la reiterazione della propria istanza ostensiva, in luogo di assolvere il predetto onere probatorio, svolge articolate controdeduzioni per confutare la validità delle ragioni, opposte da GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.A. e fatte proprie dall'ENAC, poste a fondamento del diniego parziale di accesso e inerenti al carattere di segreto tecnico e/o commerciale delle informazioni contenute nella documentazione richiesta e non ostesa.

3.8. Elisicilia S.r.l. neppure assolve il suddetto onere probatorio mediante l'articolazione delle censure mosse nel ricorso in esame avverso il gravato diniego parziale di accesso. La società ricorrente, infatti, con riferimento alle non ostese informazioni inerenti all'offerta tecnica della società aggiudicataria afferma che *“senza l'accesso alla documentazione tecnica viene precluso di verificare la legittimità dell'operato della Commissione di gara in ordine all'attribuzione dei punteggi tecnici”*, che *“L'ostensione dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria G.S.A. [...] consentirà anche all'odierna ricorrente di poter quantificare i costi del progetto tecnico offerto dall'aggiudicataria e delle migliorie, allo stato del tutto preclusi”* (cfr. pag. 7 del ricorso di Elisicilia S.r.l.) e che *“Con riferimento inoltre sempre all'offerta tecnica di G.S.A., senza poter visionare ed analizzare l'elaborato tecnico di G.S.A., che è stato così meglio valutato dalla Commissione, Elisicilia seconda graduata e gestore uscente, oltre a non poterne quantificare i relativi costi, si vede preclusa ogni verifica sull'attribuzione dei punteggi compiuta dall'Amministrazione. GSA ha ottenuto, come detto, il massimo per tutti i criteri. Pertanto è legittimo ritenere che ciò sia stato reso possibile, in relazione proprio all'articolazione dei*

criteri (caratteristiche quali-quantitative del personale, attrezzature e tecnologia, proposte migliorative ecc.) e dei relativi punteggi della lex specialis, per effetto di una generosa e costosa offerta tecnica” (cfr. pag. 9 del ricorso di Elisicilia S.r.l.).

Tali affermazioni, oltre ad essere generiche nella misura in cui non recano, neppure in maniera embrionale, le possibili censure di legittimità potenzialmente esplicabili avverso l’operato valutativo della Commissione giudicatrice, ovvero nei confronti dell’aggiudicazione e degli altri atti di gara, tradiscono un chiaro intento esplorativo. Invero, la richiesta di *disclosure* formulata da Elisicilia S.r.l. risulta tesa a conoscere, in via pressoché prioritaria, i contenuti dell’offerta tecnica presentata da GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.A. al fine di operarne una valutazione parallela e ulteriore a quella legittimamente (e unicamente) spettante *ex lege* alla Commissione giudicatrice, mentre l’interesse alla difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto in questione assume un rilievo meramente formale, assumendo i connotati di una astratta e remota possibilità di agire in giudizio. Siffatto interesse risulta, dunque, solamente proclamato da parte della società ricorrente e, per questo, manca dei caratteri della attualità e concretezza necessari a dimostrare la sussistenza di quel nesso di stretta indispensabilità richiesto dalla giurisprudenza amministrativa ai fini dell’operatività dell’istituto dell’accesso di cui all’art. 53, comma 6, c.c.p. – che, come più volte evidenziato, viene in rilievo nel caso di specie alla luce della tipologia di informazioni oggetto dell’istanza ostensiva, nonché della motivata dichiarazione in ordine alla sussistenza di informazioni di carattere riservato, in quanto contenenti segreti tecnici e/o commerciali –.

3.8.1. Analoghe considerazioni possono svolgersi con riguardo alle informazioni relative all’offerta economica e ai giustificativi prodotti in sede di verifica di anomalia. Elisicilia S.r.l., infatti, nel ricorso in esame si limita ad affermare che *“G.S.A., inoltre, dopo aver ottenuto il punteggio massimo (70/70) per effetto di una offerta tecnica alquanto generosa, ha pure formulato un’offerta economica che ha conseguito un punteggio di 26,09*

su 30 e risultando quindi anomala ex lege”, che “Mentre i giustificativi sull’offerta anomala sono stati del tutto negati, così come la medesima offerta economica, ove sono dichiarati i costi della manodopera” (cfr. pag. 7 del ricorso di Elisicilia S.r.l.) e che “Mentre i giustificativi sull’offerta anomala e l’offerta economica di G.S.A., anch’essi illegittimamente ed integralmente negati, sono essenziali ed indispensabile per poter verificare la sostenibilità dell’offerta dell’aggiudicataria, risultata anomala” (cfr. pag. 9 del ricorso di Elisicilia S.r.l.). Anche con riferimento a tali informazioni – in merito alle quali è d’uopo evidenziare che l’offerta presentata dalla società ricorrente ha ottenuto, sotto il profilo economico, non solo un punteggio più alto di quello della società aggiudicataria, ma anche il punteggio massimo attribuibile dalla Commissione giudicatrice, ossia 30/30 (cfr. doc. 7 della produzione di parte ricorrente) – le affermazioni di Elisicilia S.r.l. non sono suscettibili di essere qualificate alla stregua di “deduzioni difensive potenzialmente esplicabili” avverso gli atti di gara, come richiesto dalla giurisprudenza amministrativa innanzi citata.

Anche in questo caso, dal tenore delle riportate affermazioni, emerge come Elisicilia S.r.l. intenda procedere a una valutazione della sostenibilità dell’offerta dell’aggiudicataria ed acquisire conoscenza delle informazioni inerenti ai costi della stessa. Non emerge, dunque, quali siano i possibili profili di censura che la società ricorrente intenda muovere avverso gli atti di gara, bensì, nuovamente, l’intento esplorativo che supporta l’iniziativa ostensiva.

La richiesta di *disclosure* delle suddette informazioni, invero, risulta tesa a conoscere la struttura dei costi dell’offerta presentata da un operatore concorrente ai fini della partecipazione a una procedura di gara, risultata, all’esito della stessa, complessivamente migliore e, come tale, funzionale a consentire alla società controinteressata il conseguimento del bene della vita conteso, vale a dire l’affidamento pubblico del servizio posto a gara. In assenza della prova che la documentazione di cui si tratta risulti, in concreto, strettamente indispensabile ai fini

della difesa in giudizio degli interessi che Elisicilia S.r.l. vanta in relazione alla procedura di affidamento in questione – a fronte del fatto che la società ricorrente, anche dopo la *disclosure* parziale della relazione tecnica afferente all’offerta presentata da GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.A., abbia inteso non proporre alcuna azione giudiziaria avverso gli atti della procedura di gara indetta dal resistente ENAC – l’iniziativa della società ricorrente si appalesa quale mero tentativo di entrare in possesso di documenti di un concorrente orizzontale caratterizzati dalla presenza di informazioni riservate sotto il profilo tecnico e/o commerciale, potenzialmente suscettibili di incidere sulle dinamiche concorrenziali nel mercato di riferimento, anche dal punto di vista della c.d. concorrenza per il mercato, essendo le stesse potenzialmente utilizzabili in future procedure ad evidenza pubblica aventi ad oggetto commesse di contenuto analogo a quella intorno alla quale si controverte.

3.8.2. In questa prospettiva, stante il rilievo di segreto tecnico e/o commerciale delle informazioni alle quali Elisicilia S.r.l. intende accedere, così come opposto da GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.A. e posto dall’ENAC a fondamento del diniego parziale di accesso, l’iniziativa ostensiva della società ricorrente assume i connotati di una mera azione esplorativa e risulta pertanto inammissibile. In proposito, giova ulteriormente rilevare che ogniqualvolta difetti (anche in ragione del mancato assolvimento dell’onere probatorio che grava sull’istante/ricorrente), come nel caso di specie, l’attualità e la concretezza del peculiare interesse (qualificato come difensivo) che deve necessariamente sorreggere, ai sensi dell’art. 53, comma 6, c.c.p., le richieste di accesso tese alla *disclosure* dei documenti inerenti all’offerta e ai relativi giustificativi in presenza di informazioni contenenti segreti tecnici e/o commerciali, opera il disposto di cui all’art. 53, comma 5, lett. a), c.c.p. che, nel bilanciamento tra la tutela dell’interesse conoscitivo e quella dell’interesse alla riservatezza di tali specifiche informazioni, conferisce prevalenza alla salvaguardia del segreto tecnico e/o commerciale.

3.8.3. Tale scelta legislativa è strumentale a tutelare il mantenimento di fisiologiche condizioni di concorrenza nel mercato e, quindi, costituisce applicazione del principio euro-unionale di concorrenza – quale cardine dell’ordinamento economico nazionale ed europeo – nell’ambito delle vicende ostensive che afferiscono allo svolgimento delle procedure di gara e al mercato delle commesse pubbliche. Infatti, in presenza di un formale, astratto e rarefatto proclamato interesse difensivo dell’operatore economico che formula la richiesta di *disclosure*, risulta prevalente per l’ordinamento impedire agli altri operatori economici partecipanti alla gara di entrare in possesso delle informazioni riservate inerenti al *know-how* e ai segreti tecnici e commerciali della società aggiudicataria di una commessa pubblica. Invero, l’esposizione di tale operatore economico al rischio di dover disvelare informazioni riservate inerenti al proprio modello imprenditoriale – connessa alla scelta di competere sul mercato delle commesse pubbliche, partecipando a una procedura di gara – è stata circoscritta dal legislatore secondo lo schema dettato dall’art. 53, commi 5, lett. *a*), e 6, c.c.p. per come interpretato dalla giurisprudenza amministrativa richiamata in precedenza.

3.8.4. Una diversa opzione esegetica e applicativa non risulta suscettibile di essere legittimamente seguita posto che, altrimenti opinando, la partecipazione a una procedura di gara diverrebbe l’occasione per entrare in possesso di informazioni riservate dei concorrenti, *in primis* orizzontali, con conseguente possibile alterazione delle dinamiche concorrenziali nel mercato di riferimento. L’apprensione del *know-how* del concorrente aggiudicatario, invero, risulta suscettibile di determinare un aumento della competitività dell’operatore che intraprende una iniziativa ostensiva di carattere eminentemente esplorativo e, per questo, si pone in contrasto con il fondamento teorico che permea la normativa a tutela della concorrenza, dato dalla necessità di assicurare che il confronto concorrenziale si basi esclusivamente sul merito imprenditoriale.

Il merito imprenditoriale, invero, è il risultato di investimenti in ricerca e sviluppo, alcuni dei quali irrecuperabili (c.d. *sunk cost*), ed è ciò che consente lo svolgimento virtuoso delle dinamiche concorrenziali nel mercato. Le medesime conclusioni possono essere estese anche alle dinamiche concorrenziali per il mercato, con riferimento alle quali, per quel che interessa ai fini del presente giudizio, il confronto competitivo non solo si snoda nell'ambito della singola gara, ma spesso assume anche una valenza "sequenziale" laddove, dal punto di vista temporale, merceologico, geografico e soggettivo (dal lato degli enti aggiudicatori), siano plurimi gli affidamenti pubblici che interessano gli operatori attivi in un determinato mercato e, di conseguenza, molteplici i "round" nei quali si svolge la contesa concorrenziale. L'ordinamento, quindi, non consente che, attraverso comportamenti opportunistici o di *free-riding*, alcuni operatori economici, per il solo fatto di aver partecipato a una gara e di aver formulato una richiesta di accesso, entrino indiscriminatamente in possesso dei segreti tecnici e/o commerciali delle società aggiudicatarie in quanto, ove ciò accadesse, si depriverebbero le stesse del valore sotteso agli sforzi imprenditoriali (*in primis*, di carattere economico-finanziario) sostenuti per raggiungere un certo grado di competitività (da valutarsi con riferimento alla capacità produttiva o distributiva, alla qualità del prodotto, alla efficienza della struttura dei costi, ecc.), creando incentivi distorti rispetto alla partecipazione alle gare pubbliche e inaccettabili distorsioni delle dinamiche concorrenziali sia con riferimento a quelle che si svolgono nel mercato rilevante, sia con riguardo a quelle inerenti al mercato delle commesse pubbliche relativo agli affidamenti rilevanti per tali operatori.

3.9. Il Collegio intende altresì evidenziare che la presente fattispecie si connota anche per il fatto che l'ENAC non ha espressamente svolto uno specifico vaglio, secondo il suo discrezionale e imparziale giudizio, in ordine alla sussistenza o meno dei segreti tecnici e/o commerciali invocati dalla società controinteressata, essendosi limitata a

recepire l'opposizione, ancorché motivata, della società controinteressata. Tuttavia, anche in una fattispecie caratterizzata dai predetti elementi di peculiarità (dati dalla contestuale presenza di una generica istanza di accesso, cui fa da contraltare un provvedimento di rigetto parziale la cui motivazione si fonda sul recepimento delle ragioni di opposizione sollevate dalla società controinteressata), si ritiene di dover prendere in considerazione quanto affermato dalla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la quale, con decisione del 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”*. Venendo, dunque, in rilievo, una azione di condanna *ex art. 116 c.p.a.*, la stessa si incentra sulla spettanza o meno della richiesta di esibizione dei documenti oggetto dell'istanza ostensiva della società ricorrente.

3.10. In proposito, vale tuttavia osservare che il Consiglio di Stato, in una fattispecie analoga, dopo aver ritenuto che *“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”*, ha affermato che *“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)”* (cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. n. 369 del 20 gennaio 2022).

3.11. Il Collegio, dunque, ritiene che anche sotto tale divisato profilo, la mancata dimostrazione da parte di Elisicilia S.r.l. della stretta indispensabilità della documentazione richiesta ai fini della difesa in giudizio dei suoi interessi nei termini

sin qui esposti, precluda alla parte ricorrente la conoscenza sia dell'offerta presentata dalla società controinteressata, sia dei giustificativi da essa prodotti in sede di verifica di anomalia.

4. In definitiva, alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso va dichiarato inammissibile per carenza di interesse di Elisicilia S.r.l. ad accedere alla documentazione di gara richiesta ai sensi del combinato disposto dell'art. 53, commi 5, lett. a), e 6, del Codice dei contratti pubblici.

5. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo tenendo in considerazione, ai fini della determinazione del *quantum*, il differente apporto difensivo delle parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Condanna Elisicilia S.r.l. alla rifusione delle spese di lite in favore di ENAC – Ente Nazionale per l'Aviazione Civile e di GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.A. che liquida, rispettivamente, in Euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori come per legge, ed Euro 1.000,00 (mille/00), oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 luglio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Silvestro Maria Russo, Presidente

Chiara Cavallari, Referendario

Luca Biffaro, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Luca Biffaro

IL PRESIDENTE
Silvestro Maria Russo

IL SEGRETARIO