



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 84 del 2022, proposto da
Citelum Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa
dall'avvocato Paolo Pettinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Gorizia, in persona del Sindaco e legale rappresentante pro tempore, rappresentato e
difeso dall'avvocato Stefano Piccoli dell'Avvocatura civica, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia;

nei confronti

Enel Sole S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli
avvocati prof. Fabio Cintioli, Giuseppe Lo Pinto e Andrea Carafa, con domicilio digitale come da
PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

del provvedimento del Comune di Gorizia del 18.01.2022, pratica 14.01.04/1, Settore delle Opere
Pubbliche, dei Servizi manutentivi e del Patrimonio, sull'istanza di accesso agli atti formulata dalla
ricorrente in data 21.12.2021, per la parte in cui ha:

1. disposto *“il differimento dell'accesso agli atti di Enel Sole Srl ai sensi dell'[art. 24, commi 4 e 6, lettera d\) della L. n. 241/1990](#) e dell'[art. 5 bis, comma 5, del D. lgs. n. 33/2013](#), sino all'emanazione del bando di gara per la scelta del contraente”* laddove aveva ad oggetto *“progetti di fattibilità tecnica ed economica presentati da Enel Sole con loro modifiche ed integrazioni comprensive di tutte le relazioni tecniche, della specificazione dei servizi, della bozza di convenzione, del piano*

economico e finanziario e della sua relazione illustrativa e matrice dei rischi; richieste di integrazione inviate a Enel Sole Srl da parte del Comune di Gorizia; risposte e integrazioni di Enel Sole fornite a seguito delle richieste del Comune di Gorizia” (punto 4, 6 e 7 dell'istanza);

2. omesso di disporre, con conseguente diniego tacito, in relazione all'istanza di accesso agli atti del 21.12.2021 laddove aveva ad oggetto:

- gli atti del RUP ed ai verbali di Giunta e del Gruppo di lavoro (punti 1, 2 e 3 dell'istanza);
- gli atti di nomina degli esperti di cui l'Amministrazione si è avvalsa per l'espletamento delle attività di valutazione delle proposte presentate (punto 5).

e per l'accertamento

del diritto della ricorrente all'accesso agli atti richiesti, con obbligo dell'Amministrazione resistente di esibizione di tutta la documentazione relativa, come richiesta dalla ricorrente, con istanza del 21.12.2021, ai sensi dell'[art. 116, comma 4, c.p.a.](#)

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Gorizia e della società Enel Sole S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2022 la dott.ssa Manuela Sinigoi e letta per la ricorrente la richiesta di passaggio dalla causa in decisione senza discussione, nonché uditi per il Comune di Gorizia e la società Enel Sole s.r.l. i difensori, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società Citelum s.r.l. (già “*Citelum S.A.*”) ha premesso, ai fini che qui specificamente rilevano, di avere presentato al Comune di Gorizia, al pari delle società Hera Luce s.r.l. ed Enel Sole s.r.l., una proposta di finanza di progetto, ai sensi degli [artt. 179, c. 3, e 183, c. 15, d.lgs. 50/2016](#), per offrire un servizio integrato di “*gestione e manutenzione degli impianti semaforici e di mobilità urbana, riqualificazione tecnologica e d'efficienza energetica degli impianti d'illuminazione degli edifici pubblici, di videosorveglianza, sensori ambientali e servizio energia agli immobili comunali*”.

1.1 Ha, inoltre, premesso che il Comune, dopo avere disposto la sua esclusione e quella di Hera Luce dalla procedura di confronto comparativo all'uopo avviata e stabilito che la proposta “*di maggior interesse pubblico*” è quella presentata dalla società Enel Sole s.r.l., ancorché necessitante di integrazioni (deliberazione della Giunta comunale n. 77 del 13.05.2021), ha, da ultimo, rilevato che “*il PPP proposto da Enel, così come integrato, risulta perfettamente rispondente alle necessità dell'Amministrazione*” e, conseguentemente, dichiarato la fattibilità e il pubblico interesse della relativa proposta, costituendo, per l'effetto, in capo alla predetta società, la qualifica di “*promotore*”

ai sensi e per gli effetti di cui all'[art. 183, c. 15, d.lgs. 50/2016](#) (deliberazione della Giunta comunale n. 237 del 24.11.2021).

2. La società, che ha già separatamente gravato tale ultimo atto deliberativo (R.G. n. 25/2022), ha ora proposto ricorso [ex art. 116 c.p.a.](#) per l'annullamento del provvedimento del Comune di Gorizia del 18.01.2022, pratica 14.01.04/1, Settore delle Opere Pubbliche, dei Servizi manutentivi e del Patrimonio emesso in riscontro alla sua istanza di accesso agli atti, nella parte in cui ha:

- disposto *“il differimento dell'accesso agli atti di Enel Sole Srl ai sensi dell'[art. 24, commi 4 e 6, lettera d\) della L. n. 241/1990](#) e dell'[art. 5 bis, comma 5, del d.lgs. n. 33/2013](#), sino all'emanazione del bando di gara per la scelta del contraente”* laddove aveva ad oggetto *“progetti di fattibilità tecnica ed economica presentati da Enel Sole con le loro modifiche ed integrazioni comprensive di tutte le relazioni tecniche, della specificazione dei servizi, della bozza di convenzione, del piano economico e finanziario e della sua relazione illustrativa e matrice dei rischi; richieste di integrazione inviate a Enel Sole fornite a seguito delle richieste del Comune di Gorizia”* (punto 4, 6 e 7 dell'istanza);

- omesso di disporre, con conseguente diniego tacito, in relazione all'istanza di accesso laddove aveva ad oggetto: a) gli atti del R.U.P. e i verbali di Giunta e del Gruppo di lavoro (punti 1, 2 e 3 dell'istanza); b) gli atti di nomina degli esperti di cui l'Amministrazione si è avvalsa per l'espletamento delle attività di valutazione delle proposte presentate (punto 5 dell'istanza).

Ha chiesto, inoltre, l'accertamento del proprio diritto ad accedere agli atti richiesti, con obbligo dell'Amministrazione resistente di esibizione di tutta la documentazione relativa, come richiesta con istanza del 21.12.2021.

3. Le domande azionate sono affidate ai seguenti motivi di diritto:

1) *“Violazione di legge. Violazione [l. 241/90 artt. 1, 3, 7, 24](#) e ss. Violazione art. [53 D.Lgs. 50/16](#). Violazione dell'[art. 24, commi 4 e 6, lettera d\) della L. n. 241/1990](#) e dell'[art. 5 bis, comma 5, del D. lgs. n. 33/2013](#). Difetto di istruttoria e motivazione. Travisamento dei fatti. Erroneità della motivazione. Erroneo richiamo della sentenza [TAR Lombardia n. 414/2020](#) travisandone i contenuti. Diversità di fattispecie in relazione all'esistenza, solo nel caso di specie, di un sub – procedimento comparativo per la scelta del Promotore. Erronea interpretazione dell'[art. 183, comma 15, D. Lgs. n. 50/2016](#)”,* con cui la ricorrente contesta la decisione gravata, laddove richiama a supporto motivazionale il principio affermato dal [TAR Lombardia, Milano, nella sentenza n. 414/2020](#), in quanto formulato avuto riguardo ad una fattispecie fattuale diversa da quella che qui viene in rilievo. In quel caso, una sola impresa aveva, infatti, dialogato con l'Amministrazione per assumere la posizione di promotore, nel mentre nel caso che qui occupa più imprese hanno dialogato (e concorso tra loro) per assumere tale posizione, partecipando, per l'appunto, ad una autonoma e distinta fase (preventiva) di confronto comparativo diretta a selezionare i progetti e scegliere chi potesse assumere la posizione di promotore.

Ritiene, pertanto, che, quale aspirante promotore escluso dal detto confronto, svolto sulla base di criteri di valutazione che l'amministrazione precedente si è auto imposta e previo adeguamento delle proposte in precedenza presentate alle indicazioni fornite dall'amministrazione stessa, ha pieno titolo ad accedere agli atti relativi a tale fase della procedura.

2) *“Violazione di legge. Violazione [art. 53 D.lgs. 50/16](#) e [art. 24, comma 7, L. 241/90](#). Violazione dell'[art. 24, commi 4 e 6, lettera d\) della L. n. 241/1990](#) e dell'[art. 5 bis, comma 5, del D. lgs. n. 33/2013](#). Erroneità della motivazione. Erroneo richiamo della sentenza [TAR Lombardia n. 414/2020](#) sotto un diverso profilo. L'interesse e la legittimazione all'accesso dopo la conclusione*

della fase di individuazione del Proponente. Difetto di istruttoria e motivazione. Travisamento dei fatti. Erroneità della motivazione per la parte in cui non tiene conto della sentenza [TAR Friuli 235/2021](#) resa in questo stesso procedimento”, con cui deduce che la scelta del promotore, all'esito della dichiarazione di fattibilità, è idonea a ledere la sua posizione giuridica ed è, come tale, impugnabile. In tal senso si è, del resto, espresso questo [Tribunale con la sentenza n. 235/2021](#), emessa in relazione all'impugnazione della deliberazione della Giunta comunale n. 77/2021 dianzi citata, nonché l'[Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con decisione n. 1/2012](#).

Ritiene, pertanto, che sussista sia la sua legittimazione che l'interesse attuale e concreto all'ostensione immediata di tutti gli atti della procedura, atteso il rapporto di stretta strumentalità che avvince il diritto di accesso a quello di impugnazione, peraltro già esercitato con la proposizione del ricorso avverso l'individuazione del promotore (ricorso contraddistinto dal n. RG 25/2022) e la manifestata riserva di proposizione di motivi aggiunti.

Ne deriva che l'applicazione che il Comune ha fatto delle norme che assumono rilievo laddove ha disposto il differimento dell'ostensione è errata anche per questo diverso profilo.

3) *“Violazione di legge. Violazione [art. 53 D.lgs. 50/16](#). Violazione dei principi di accesso agli atti nel [Codice dei Contratti](#). Difetto di istruttoria e motivazione. Insussistenza di presupposti per il differimento. Accesso non è differibile perché relativo ad atti il cui scopo è stato raggiunto. Erroneità della motivazione ed eccesso di potere”, con cui deduce che l'accesso agli atti esercitato nell'ambito delle procedure del [Codice dei Contratti](#) è differibile solo in osservanza ai principi e delle regole dell'art. 53 Codice Contratti ovvero solo fino al completamento della fase a cui afferiscono gli atti oggetto di accesso.*

Per contro, non è consentito un differimento che superi la stretta connessione tra atto richiesto e scopo dell'atto.

Nel caso di specie la fattibilità del progetto è stata definita e il promotore è stato scelto. Sicché, l'accesso non è differibile perché relativo ad atti il cui scopo è stato raggiunto.

Il differimento sino alla indizione del bando non è, dunque, legittimo, in quanto si ripercuote sulla possibilità di difesa nella fase procedimentale alla quale l'atto si riferisce.

La circostanza, poi, che il Comune di Gorizia ha escluso Citelum anticipando il giudizio sull'interesse pubblico della proposta, successivo *ex lege* alla fattibilità della stessa, per poi dare la possibilità ad Enel, con successivi e reiterati provvedimenti, di integrare la proposta ed approdare alla dichiarazione di fattibilità, appalesa viepiù l'esigenza della società di ottenere tutti gli atti e documenti che hanno determinato la scelta del Promotore.

4) *“Violazione di legge. Violazione del concetto di par conditio. Travisamento di fatto e di diritto. Omessa considerazione dell'asimmetria informativa e del diritto di prelazione. Il vantaggio per l'interesse pubblico. Eccesso di potere”, con cui contesta il differimento disposto dal Comune, laddove motivato con la circostanza che secondo “costante e prevalente giurisprudenza” sarebbe necessario “tutelare la riservatezza del piano economico finanziario caratterizzante le proposte di partenariato pubblico privato”, in quanto, “riconoscendo in questo momento l'accesso” si altererebbe la futura “procedura ad evidenza pubblica violando il principio della par conditio degli offerenti”.*

Deduce, infatti, che sul punto non v'è giurisprudenza costante o consolidata e, inoltre, che l'accesso agli atti della fase di scelta del proponente non altera la concorrenza, ma, anzi, la riequilibra e soddisfa un rilevante interesse pubblico, proprio in ragione delle peculiarità proprie dell'istituto

della finanza di progetto ove la situazione giuridica che il Comune mira a proteggere è già protetta, in realtà, dal legislatore con il diritto di prelazione.

5) *“Violazione di legge. Violazione [art. 53 D.lgs. 50/16](#) e dell'[art. 24, comma 7, l. 241/90](#) per ulteriore diverso profilo. Difetto di istruttoria e motivazione. Travisamento dei fatti. Erroneità della motivazione. Violazione della par condicio”*, con cui deduce che il differimento è illegittimo anche laddove riguarda atti aventi natura diversa e comunque non riguarda solo atti appartenenti ad Enel e che non incidono sulla *par condicio* o non interferiscono nella futura gara e, segnatamente, laddove riguarda: - le richieste del Comune di integrazione della proposta; - la bozza di convenzione; - gli atti di nomina degli esperti; - i verbali del gruppo di lavoro; - le modifiche e integrazioni dei progetti disposte.

Anzi, trattasi di atti la cui conoscenza s'appalesa necessaria a riallineare il disequilibrio informativo e a consentire alla ricorrente di verificare che l'individuazione del promotore sia effettivamente avvenuta nel rispetto dei principi della *par condicio*, della trasparenza e dell'immodificabilità dell'offerta e delle disposizioni dettate dall'[art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50/2016](#).

6) *“Eccesso di potere per erronea interpretazione dell'istanza di accesso e per grave travisamento di fatto. Perplexità della motivazione. Violazione di legge. Violazione [art. 5](#) e [5 bis D.lgs. 33/2013](#)”*, con cui contesta il provvedimento impugnato laddove si sofferma ampiamente, nelle premesse, ad illustrare i presupposti dell'accesso civico generalizzato, per poi disporre il differimento anche con l'espresso richiamo all'[art. 5](#) e [5 bis. del d.lgs. 33/2013](#), atteso che l'istanza di accesso agli atti è stata presentata ai sensi dell'[art. 22 e ss. della l. 241/1990](#) e dell'[art. 53 co. 6 del d.lgs. 50/2016](#). Ritene, invero, che un tanto, oltre ad appalesare l'erronea interpretazione dell'istanza di accesso, evidenzia l'illegittimità del provvedimento anche sotto il profilo della perplexità della motivazione e del difetto di istruttoria.

4. Enel Sole s.r.l., costituita, ha contestato la fondatezza delle avverse censure e concluso per la reiezione del ricorso.

5. Il Comune di Gorizia si è parimenti costituito per resistere al ricorso e contestarne la fondatezza.

6. Parte ricorrente ha, poi, brevemente replicato alle difese avversarie, non senza omettere di eccepire, in via preliminare, la tardività della costituzione del Comune e l'inammissibilità delle ulteriori motivazioni a sostegno del provvedimento emesso introdotte dallo stesso nella presente sede giurisdizionale.

Si è, inoltre, soffermata ad evidenziare la strumentalità degli atti di cui ha richiesto accesso rispetto all'impugnazione proposta avverso gli atti della procedura esitata nell'individuazione del promotore.

7. L'affare è stato, quindi, chiamato e discusso dalle parti all'udienza camerale del 27 aprile 2022 come da sintesi a verbale, eccezione fatta per parte ricorrente, che, in estrema prossimità dell'udienza stessa, si è avvalsa della facoltà di chiederne il passaggio in decisione, senza discussione.

E' stato, infine, introitato per essere deciso ai sensi dell'[art. 116, comma 4, c.p.a.](#).

8. Il ricorso è fondato per le ragioni e nei sensi e limiti di seguito specificati.

Valgono le seguenti considerazioni.

9. In via generale, va, invero, premesso che è da ritenersi indubbia l'autonoma lesività dell'atto di individuazione del promotore ai sensi dell'[art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016](#), idonea, tra l'altro, anche a legittimare la proposizione di istanze ostensive degli atti riguardanti la relativa procedura per finalità difensive, laddove, come nel caso di specie, vi siano altri operatori economici che hanno contestualmente formulato analoghe proposte all'Amministrazione (ovvero proposte concorrenti), ritenute, però, da quest'ultima di minore o nullo interesse, tali, quindi, da privare definitivamente i rispettivi operatori economici proponenti della possibilità di conseguire la qualifica in questione.

9.1 Tali operatori si trovano, infatti, per ciò solo in una posizione giuridica differenziata, meritevole di tutela, che vale a distinguerli dal *quisque de populo*.

Sono, infatti, portatori di “*un interesse differenziato e qualificato*” che li legittima al ricorso.

E ciò vale tanto nel procedimento compiutamente disciplinato dall'[art. 183, comma 1 e ss., del d.lgs. n. 50/2016](#) (ove la sussistenza e compresenza di interessi contrapposti, tutti ugualmente meritevoli di tutela, è da ritenersi “*connaturata*” al procedimento di gara), che nell'ipotesi contemplata dal successivo comma 15 che qui rileva, laddove connotato nei termini concreti che qui rilevano.

9.1.1. La circostanza che l'astratta fattispecie normativa delineata dal legislatore s'appalesi, di fatto, modellata su un modello teorico che sostanzialmente ipotizza la presentazione e valutazione della fattibilità di una sola proposta di PPP per volta, scandendo, conseguentemente, tempi e modalità di interlocuzione con il soggetto proponente (*rectius* con un unico proponente), che paiono estranei al verificarsi di situazioni, come quella che qui assume rilievo, ove vi sono più soggetti che ambiscono ad ottenere il medesimo bene della vita [tale è da ritenersi, infatti, non solo quello per così dire “*finale*” rappresentato dal conseguimento della concessione sulla base del progetto, poi posto a base di gara, presentato nella prima fase volta all'approvazione del progetto di fattibilità e individuazione del promotore, ma anche (e ancor prima) quello per così dire “*intermedio*”/“*strumentale*” costituito proprio dalla dichiarazione di fattibilità di una specifica proposta e dall'individuazione del suo proponente quale promotore ai fini del prosieguo della procedura], non preclude il verificarsi di fattispecie fattuali diverse.

Va da sé, infatti, che è la situazione procedimentale effettiva che viene a crearsi a dover essere correttamente apprezzata e valutata dall'Amministrazione, anche al fine di riconoscere e assicurare ai soggetti, le cui proposte non abbiano trovato il gradimento discrezionale dell'Amministrazione stessa, il godimento delle prerogative tutte di spettanza, incluse quelle proprie dell'accesso difensivo [ex art. 24, comma 7, l. n. 241/1990](#) agli atti della procedura in concreto svolta ai fini dell'individuazione del promotore.

Questa è, peraltro, una regola aurea, che vale per qualsiasi procedimento ove vengono in rilievo plurimi interessi individuali tra loro contrapposti e non è, dunque, propria delle sole procedure ad evidenza pubblica.

9.1.2 Nel caso in esame come in molti altri simili, ancorché collocato/i al di fuori dell'ambito proprio della gara pubblica, compito primario ed essenziale dell'Amministrazione è, infatti, pur sempre quello di bilanciare gli interessi contrapposti, contemperandoli e, poi, di assumere una decisione che – va da sé – soddisfa l'interesse di un unico soggetto e che, come tale, sacrifica quelli degli altri.

Tale decisione e l'attività amministrativa che ad essa ha condotto non possono, quindi, essere sottratte al controllo di chi assume di avere subito pregiudizio, anche al fine di valutare se sussistono gli elementi per poter fare valere in giudizio le proprie ragioni.

Ciò non vuol dire assolutamente che si intenda mettere in dubbio che “... *in questa fase ciò che rileva è esclusivamente l'interesse della Amministrazione ad includere le opere e i servizi proposti dal privato negli strumenti di programmazione, all'uopo nominando <promotore> il soggetto imprenditoriale il cui progetto sia risultato maggiormente aderente ai desiderata e agli interessi dell'Ente*” (n.d.r. così il Comune nelle proprie difese), ma essenzialmente che già la mera presenza di più soggetti, che con la loro iniziativa mirano a conseguire il medesimo risultato utile, genera una situazione di “*concorrenza di interessi confliggenti*”, meritevole di attenzione e adeguata considerazione.

Sono, in definitiva, i principi di buona amministrazione e imparzialità, nei loro predicati della ragionevolezza, trasparenza e *par condicio*, che devono sempre governare l'azione della P.A.

Ovvero principi che non differiscono da quelli che informano e regolano lo svolgimento delle procedure di gara, incluse quelle eventualmente svolte ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 183, comma 1 e ss., del decreto citato, rispetto alle quali non sussiste dubbio che a fronte di atti aventi portata lesiva spetti ai soggetti che se ne assumono pregiudicati l'esercizio delle prerogative di difesa e di quelle ad esse strumentali, tra cui, in primo luogo, l'accesso documentale.

9.1.3 In questi termini si è, del resto, espressa da tempo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Con [decisione n. 1 del 28 gennaio 2012](#), le cui conclusioni sono di perdurante attualità e trovano conferma anche nella vigente disciplina del *project financing*, recata dall'[art. 183 d.lgs. n. 50 del 2016](#) e successive modificazioni, ha affermato, infatti, con riguardo al procedimento di *project financing* che l'atto di scelta del promotore comporta un danno attuale per quei soggetti che, propostisi come tali, non sono stati utilmente selezionati, sancendone quindi la sua immediata impugnabilità “*dai concorrenti non prescelti, senza attendere l'esito degli ulteriori subprocedimenti di aggiudicazione della concessione*” ovvero “*da coloro che abbiano presentato proposte concorrenti in relazione alla medesima opera pubblica*”.

In particolare l'Adunanza plenaria, dopo avere sottolineato che “*il procedimento di project financing è articolato in sub procedimenti, il primo dei quali, che si conclude con la selezione del promotore, è il <cuore> dell'intera procedura*” e che “*esiste una pluralità di elementi che induce a ritenere l'esistenza e l'attualità della lesione*” provocata dall'atto di conclusione di tale fase (segnatamente individuati nel fatto che “*la selezione del promotore crea, per il soggetto prescelto, una posizione di vantaggio certa e non meramente eventuale, atteso che il suo progetto è posto a base della successiva gara e che, ove anche nella gara vengano selezionati progetti migliori di quello del promotore, quest'ultimo ha un diritto potestativo di rendersi aggiudicatario, adeguando la propria proposta a quella migliore; se poi non esercita tale diritto di prelazione, il promotore vanta l'alternativo diritto al rimborso forfetario delle spese sostenute per la presentazione della proposta, nella considerevole misura del 2,5% del valore dell'investimento ...*” e, sul versante opposto, che “*per i concorrenti non prescelti, la selezione di un altro promotore determina un definitivo arresto procedimentale, atteso che il loro progetto non sarà posto a base della successiva gara e che non vanteranno né il diritto ad essere aggiudicatari in mancanza di altre proposte, né il diritto di prelazione, né il diritto al rimborso delle spese sostenute. E' vero che possono partecipare alla successiva gara, ed esserne vincitori se presentano un progetto migliore di quello del promotore: ma sono in una posizione di pati rispetto al diritto potestativo di prelazione del promotore*”), ha, poi, affermato - estendendo le medesime considerazioni anche all'ipotesi ove le proposte vengono presentate autonomamente senza previo bando della stazione appaltante (ove “*al promotore prescelto spetta ugualmente il diritto di prelazione in caso di procedura di concessione o pubblica gara, ovvero quanto meno il diritto al rimborso delle spese in caso di procedura di dialogo competitivo*”) - che il bene della vita nel procedimento di *project financing* è proprio “*il conseguimento della concessione sulla base del progetto presentato nella prima fase, sicché, se tale*

progetto non viene selezionato come di pubblico interesse, è immediatamente leso l'interesse a conseguire la concessione sulla base del proprio progetto”, con tutto ciò che ne consegue, dunque, anche in termini di accessibilità agli atti del procedimento di scelta del promotore.

Ha, quindi, concluso affermando il principio a mente del quale “nel procedimento di project financing, articolato in più fasi, la prima delle quali si conclude con la scelta, da parte della stazione appaltante, del promotore, l'atto di scelta del promotore determina una immediata posizione di vantaggio per il soggetto prescelto e un definitivo arresto procedimentale per i concorrenti non prescelti; tale atto è pertanto lesivo e deve essere immediatamente impugnato dai concorrenti non prescelti, senza attendere l'esito degli ulteriori subprocedimenti di aggiudicazione della concessione”.

9.1.4 In una recentissima decisione il Consiglio di Stato ha addirittura affermato - seppur avuto riguardo ad una fattispecie fattuale in cui l'operatore economico ricorrente aveva manifestato all'Amministrazione il proprio interesse a presentare un progetto di fattibilità o riqualificazione concorrente e, poi, si era visto denegare dall'Amministrazione stessa la concessione di un termine per la presentazione di una proposta concorrente con quella del r.t.i. poi dichiarato promotore - che *“la qualità di promotore, anche quando la sua proposta sia stata presentata autonomamente senza previo bando della stazione appaltante, attribuisce comunque all'operatore economico un vantaggio competitivo nella successiva fase della pubblica gara, ovvero il diritto di prelazione rispetto alle offerte presentate dai concorrenti, che la società ricorrente, pur non avendo proposto un progetto di fattibilità alternativo a quello presentato dal promotore prescelto, ha interesse a censurare per gli effetti significativi che lo stesso produce sulla gara per l'affidamento in concessione dei lavori che ne costituiscono l'oggetto”* ([C.d.S., sez. V, 31 marzo 2022, n. 2377](#)).

9.1.5 Non v'è dubbio, in definitiva, che la società ricorrente, quale soggetto che ha presentato una proposta di PPP concorrente a quella, poi, definitivamente dichiarata fattibile dal Comune, è legittimato e vanta un interesse concreto ed attuale ad impugnare gli atti afferenti alla fase esitata, per l'appunto, nella dichiarazione di fattibilità della proposta di *project financing* formulata dalla società Enel Sole s.r.l. e nell'individuazione della stessa quale promotore (atti, peraltro, già impugnati con separato ricorso ad oggi pendente).

Ne deriva la sussistenza della sua legittimazione ed interesse a chiederne e, nei limiti che saranno di seguito precisati, ottenerne l'ostensione, in virtù del principio di effettività della tutela giurisdizionale, predicato dall'[art. 24 Cost.](#), e di quello della sindacabilità di tutti gli atti della pubblica amministrazione, contenuto nell'[art. 113 Cost.](#)

10. Nel caso specifico, rileva, poi, la circostanza (del tutto trascurata dal Comune in sede amministrativa) che la ricorrente ha pacificamente esercitato il diritto di accesso difensivo.

10.1 In tal senso – al di là della (comunque) compiuta evidenza delle specifiche esigenze difensive cui è strumentale la soddisfazione della pretesa azionata, offerta dalla società ricorrente nella presente sede giurisdizionale e, in particolare, con la memoria di replica da ultimo dimessa – è eloquente quanto, a chiare lettere, dalla medesima evidenziato nell'istanza in data 21 dicembre 2021 rivolta all'Amministrazione.

Dopo avere diffusamente descritto lo sviluppo del procedimento dei cui atti ha chiesto l'ostensione, soffermandosi a sottolineare che *“le integrazioni e le modifiche richieste a più riprese dall'Ente e pedissequamente apportate alla propria proposta da Enel Sole risultano, nell'ambito della procedura oggetto di esame di cui allo [articolo 183 comma 15 del d.lgs. n. 50 del 2016](#), illegittime in quanto discriminatorie, prive di alcuna giustificazione o motivazione rispetto ad un confronto paritetico tra proposte e comunque rispetto alle previsioni di legge, nonché illegittime per*

violazione e di legge” e che “L'Amministrazione procedente ha infatti arrestato il procedimento di valutazione della fattibilità di Citelum ed ha concesso ripetutamente a Enel Sole la possibilità di integrare e modificare la proposta spontanea, ai fini di ottenere la dichiarazione di fattibilità di cui [art. 183 comma 15 del D. Lgs. n. 50 del 2016](#), peraltro non più nell'ambito di confronto tra proponenti” (all. 11 - fascicolo doc. ricorrente), ha, infatti, evidenziato - previo puntuale richiamo della disposizione di cui all'[art. 24, comma 7, l. n. 241/1990](#), a mente della quale “*deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici*” - che “in qualità di proponente di una delle proposte che sono state valutate dal Comune di Gorizia nell'ambito della procedura in oggetto, intende verificare la correttezza e la legittimità della procedura adottata, dei singoli atti e delle valutazioni della Stazione Appaltante ai fini della dichiarazione di fattibilità tecnica ed economica della proposta Enel Sole, nonché la effettiva rispondenza della valutazione medesima con i criteri di valutazione della fattibilità previsti dal legislatore ai sensi del [D. Lgs. 50/2016](#) e dei criteri indicati agli operatori nel corso della procedura”.

10.2 Con riguardo alla norma in materia di accesso che qui assume specifico rilievo (ovvero quella che detta la disciplina dell'accesso difensivo), questo Tribunale, nella recente [decisione n. 58 del 27 gennaio 2022](#), ha, peraltro, già ricordato che “come autorevolmente osservato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nelle pronunce n. [19](#), [20](#) e [21](#) del 25 settembre 2020, trattasi di disposizione che <enuclea un'autonoma funzione dell'accesso>, diversa da quella disciplinata dall'[art. 22, comma 2](#), della legge citata («L'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza»), che trova più compiuta definizione contenutistica nel successivo comma 3 («Tutti i documenti amministrativi sono accessibili, ad eccezione di quelli indicati all'[articolo 24, commi 1, 2, 3, 5 e 6](#)»); (...) che risulta tecnicamente costruita <come una 'eccezione' rispetto all'elenco delle esclusioni dal diritto di accesso che danno la rubrica all'articolo in parola. L'utilizzo dell'avverbio «comunque» denota la volontà del legislatore di non 'appiattire' l'istituto dell'accesso amministrativo sulla sola prospettiva della partecipazione, dell'imparzialità e della trasparenza, e corrobora la tesi che esistano, all'interno della fattispecie giuridica generale dell'accesso, due anime che vi convivono, dando luogo a due fattispecie particolari, di cui una (e cioè quella relativa all'accesso cd. difensivo) può addirittura operare quale eccezione al catalogo di esclusioni previste per l'altra (e cioè, l'accesso partecipativo), salvi gli opportuni temperamenti in sede di bilanciamento in concreto dei contrapposti interessi (v. Cons. Stato, Sez. VI, ord. 7 febbraio 2014, n. 600). (...) La logica difensiva è costruita intorno al principio dell'accessibilità dei documenti amministrativi per esigenze di tutela e si traduce in un onere aggravato sul piano probatorio, nel senso che grava sulla parte interessata l'onere di dimostrare che il documento al quale intende accedere è necessario (o, addirittura, strettamente indispensabile se concerne dati sensibili o giudiziari) per la cura o la difesa dei propri interessi. La tecnica legislativa utilizzata nel comma 7, rispetto ai precedenti commi del medesimo art. 24, avvalorata la tesi che questo aggravamento probatorio in tanto si giustifica, proprio in quanto si fuoriesce dalla stretta logica partecipativa e di trasparenza, per entrare in quella, diversa, difensiva>; (...) che l'Adunanza Plenaria ha, poi, ulteriormente precisato che <l'accesso difensivo è costruito come una fattispecie ostensiva autonoma, caratterizzata (dal lato attivo) da una vis espansiva capace di superare le ordinarie preclusioni che si frappongono alla conoscenza degli atti amministrativi; e connotata (sul piano degli oneri) da una stringente limitazione, ossia quella di dovere dimostrare la 'necessità' della conoscenza dell'atto o la sua 'stretta indispensabilità', nei casi in cui l'accesso riguarda dati sensibili o giudiziari. (...) la conoscenza dell'atto non è destinata a consentire al privato di partecipare all'esercizio del pubblico potere in senso 'civilmente' più responsabile, ossia per contribuire a rendere l'esercizio del potere condiviso, trasparente e imparziale, ma rappresenta il tramite per la cura e la difesa dei propri interessi giuridici>”.

10.3 Risulta, dunque, indubbio che, nel caso di specie, l'istanza di accesso avanzata dalla società ricorrente rappresenta il tramite per la cura e la difesa dei suoi interessi giuridici e, come tale, avrebbe dovuto essere compiutamente apprezzata dal Comune di Gorizia sia nella sua interezza, che con riguardo ai singoli documenti richiesti, anche in considerazione del fatto che la pendenza del procedimento giurisdizionale, nel quale è in discussione proprio la legittimità degli atti cui l'invocata ostensione è strumentale, è di per sé sintomatico della concretezza e dell'attualità dell'interesse in capo alla medesima ad ottenere immediata copia degli atti richiesti o, per lo meno, di una parte di essi.

11. Quanto sin qui osservato consente, dunque, di concludere per la fondatezza dei primi due motivi di ricorso formulati dalla ricorrente e di affermare che la medesima, avuto riguardo alla puntuale disciplina di legge [[l'art. 24, comma 7, legge n. 241](#) garantisce «l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici»; [l'art. 22, comma 1, lettera d\)](#), della medesima legge, con formula replicata anche dall'[art. 2, comma 1, d.P.R. n. 184/2006](#), definisce l'ambito soggettivo dei legittimati all'accesso documentale, individuandoli in «*tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi*», nonché l'interesse legittimante all'accesso, indicandolo in «*un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso*»], ha titolo, seppure nei limiti che verranno di seguito precisati, ad ottenere copia degli atti richiesti, avendo, per l'appunto, anche adeguatamente assolto all'onere, a suo carico, di dare contezza, nella motivazione a supporto della istanza di ostensione formulata, della necessità della loro conoscenza ovvero del nesso di strumentalità tra il diritto all'accesso e la situazione giuridica *finale*.

11.1 E, infatti, oltremodo evidente che la situazione fattuale che qui viene in rilievo non ha nulla a che fare con quella alla base della decisione del [Tar Lombardia, Milano, n. 414/2020](#), invocata dal Comune intimato a supporto motivazionale della decisione assunta e qui gravata da parte ricorrente.

In quel caso, il soggetto al quale è stato opposto il differimento dell'accesso agli atti di cui aveva chiesto l'ostensione era del tutto estraneo alla procedura di cui all'[art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50/2016](#) alla quale gli atti stessi si riferivano, nel mentre in quello che qui occupa la ricorrente ha, come dianzi evidenziato, non solo legittimazione ed interesse a chiederne e ottenerne l'ostensione, ma la loro acquisizione è funzionale alla possibilità per la stessa di spiegare compiute difese avverso il provvedimento con cui è stata dichiarata la fattibilità della proposta di PPP formulata dalla società Enel Sole s.r.l. e la individuazione della medesima quale promotore ovvero di esercitare con pienezza il diritto di difesa riconosciuto dall'[art. 24 Cost.](#).

11.2 Non ricorre, poi, nemmeno il caso in cui *“la proposta presentata dalla ditta richiedente l'accesso nell'ambito della medesima procedura di selezione sia stata esclusa, in quanto ritenuta non ammissibile”*, di cui al precedente del [Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3319 del 28 maggio 2009](#), del pari richiamato a corroborare la motivazione della decisione assunta e sul quale anche nella presente sede giurisdizionale ha insistito la difesa dell'ente civico.

In quel caso, nell'ambito della procedura selettiva avviata con avviso pubblico la proposta della richiedente l'accesso era stata, infatti, giudicata *“non fattibile né idonea”* (ovvero addirittura esclusa in quanto ritenuta non ammissibile) e, per l'effetto, non ammessa nemmeno alla ponderazione comparativa delle offerte. Risulta, peraltro, che in quel momento la gara per l'individuazione della proposta non fosse ancora conclusa (vedi [Tar Lazio, I, n. 6488/2008](#) oggetto dell'appello definito con la decisione del Consiglio di Stato dianzi indicata), mentre qui si tratta semplicemente del fatto che il Comune, esperito il confronto comparativo che ha ritenuto di avviare in ragione della pressoché contemporanea presentazione di tre offerte di PPP da parte di altrettanti operatori economici per una iniziativa a grandi linee identica, ha ritenuto preferibile proseguire

l'interlocuzione ai fini dell'individuazione del promotore con una sola di esse, ritenuta, in quello stadio della procedura, maggiormente interessante, ancorché necessitante di modifiche e integrazioni.

11.3 Come si è già ampiamente evidenziato, la legittimazione e l'interesse della odierna ricorrente trovano, dunque, fondamento proprio nello svolgimento di quel previo confronto comparativo, all'esito del quale il Comune ha deciso di proseguire nella valutazione di una sola proposta e, poi, dichiarato questa fattibile e di pubblico interesse, *rectius* nella conclusione della fase procedimentale in cui tale confronto comparativo si colloca con la dichiarazione di fattibilità/pubblico interesse della proposta della società Enel Sole s.r.l. e l'individuazione della medesima quale promotore, compromettendo definitivamente le aspirazioni di Citelum a rivestire tale ruolo.

12. Ciò non significa, tuttavia, che la società ricorrente abbia titolo ad ottenere l'indiscriminata ostensione e/o l'ostensione immediata di tutta la documentazione cui, *“al fine di verificare la legittimità dell'operato della Stazione Appaltante e di valutare l'eventuale lesione di proprie posizioni giuridiche nonché dei propri interessi”*, ha chiesto di accedere (segnatamente: 1. atti e provvedimenti della amministrazione comunale di Gorizia e del R.U.P. incaricato della procedura di valutazione delle proposte di cui alle premesse; 2. verbali di valutazione delle proposte della Giunta Comunale; 3. verbali del gruppo di lavoro; 4. progetti di fattibilità tecnica ed economica presentati dagli operatori Enel Sole ed Hera Luce di cui alle premesse, ai sensi dell'[articolo 183 comma 15 del D. Lgs. n. 50 del 2016](#) e le loro modifiche ed integrazioni disposte nella medesima procedura di partenariato pubblico privato dagli operatori, comprensivi anche di tutte le relazioni tecniche della specificazione dei servizi, della bozza di convenzione, del piano economico e finanziario e della sua relazione illustrativa e della matrice dei rischi; 5. atti di nomina degli esperti di cui la Amministrazione comunale si è avvalsa per l'espletamento delle attività di valutazione delle proposte presentate dalle società Citelum, Enel Sole ed Hera Luce, in ogni loro componente tecnica ed economica; 6. richieste dell'Ente di integrare la proposta di partenariato pubblico privato di Enel sole; 7. risposte e le integrazioni di Enel Sole a fornite a seguito delle richieste di integrazione del Comune di Gorizia).

13. Vero è, infatti, che - al di là della documentazione che il Comune ha confessorialmente reso noto non esistere proprio in natura e rispetto alla quale nessun accesso può ovviamente venire esercitato - va, necessariamente e preliminarmente, indagata l'effettiva incidenza e/o influenza dei documenti dalla medesima richiesti sulla decisione finale *“lesiva”* assunta dal Comune.

E tale preliminare scrutinio porta, senza dubbio, ad escludere la sussistenza dell'interesse all'accesso di Citelum con riguardo al progetto di fattibilità tecnica ed economica di Hera Luce e relative integrazioni, relazione tecnica della specificazione dei servizi, della bozza di convenzione e del piano economico e finanziario e della sua relazione illustrativa e della matrice dei rischi.

E', infatti, *ictu oculi* evidente che tali atti, costituenti la proposta di PPP di Hera Luce, ancorché *“acquisiti”* al procedimento, non hanno assunto alcun rilievo ai fini della dichiarazione della fattibilità della proposta di Enel e dell'individuazione della medesima quale promotore (ovvero degli atti lesivi), analogamente, del resto, a quelli prodotti dalla ricorrente.

Correttamente, dunque, il Comune ne ha denegato l'accesso.

14. Non altrettanto è a dirsi, naturalmente, con riguardo a quelli analoghi di Enel.

14.1 Lo stesso Comune, del resto, non ne ha negato l'ostensione, ma solo disposto il differimento *“ai sensi dell'[art. 24, commi 4 e 6, lettera d\), della L. n. 241/1990](#) e dell'[art. 5 bis, comma 5, del](#)*

[D.Lgs. n. 33/2013](#), sino all'emanazione del bando di gara per la scelta del contraente, al fine di tutelare la riservatezza del piano economico finanziario caratterizzante la proposta del promotore, oltre alle informazioni tecniche contenute nel relativo progetto...”.

14.1.1 E tale decisione sfugge, ad avviso del Collegio, ai vizi denunciati dalla ricorrente.

Contrariamente a quanto opinato dalla medesima, lo scopo di tali atti, ancorché, indubbiamente, funzionali a consentire una compiuta valutazione circa la corrispondenza al pubblico interesse della proposta formulata, non può ritenersi esaurito con la conclusione della fase deputata all'individuazione del promotore.

La loro funzione sarà, infatti, compiutamente e definitivamente assolta solo con l'indizione della gara per la scelta del contraente.

In quel momento, potranno, dunque, essere ostesi [anzi, dovranno essere messi a disposizione di tutti gli operatori interessati a partecipare alla gara, coerentemente con la previsione di legge che stabilisce espressamente che *“il progetto di fattibilità approvato è posto a base di gara...”* (vedi [art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50/2016](#)), proprio per favorire quel sano confronto concorrenziale, che costituisce presupposto imprescindibile per l'effettiva (e migliore) soddisfazione del pubblico interesse, cui la procedura ad evidenza pubblica mira.

Confronto che potrebbe, invece, subire grave nocimento o, comunque, risultare compromesso, con alterazione, dunque, della procedura di gara e insanabile violazione della *par condicio*, laddove solo uno dei potenziali concorrenti potesse venirne anzi tempo a conoscenza.

14.1.2 In tal senso, il Collegio condivide la giurisprudenza alla quale il Comune ha sostanzialmente informato la decisione assunta, che ha, per l'appunto, affermato che *“un simile accesso (...) consentirebbe - in tesi - di avere, rispetto agli ordinari tempi della gara pubblica, un maggiore lasso di tempo per formulare eventualmente un'offerta migliorativa di quella ricavabile dal presentato piano economico - finanziario. E senza contare che, in tal modo, la par condicio sarebbe sicuramente alterata nei confronti dello stesso promotore, la cui offerta - sostanzialmente contenuta nel predetto piano economico finanziario - non è modificabile se non in pejus (a favore cioè della sola amministrazione)”* (cfr. [Consiglio di Stato, Sez. IV, 26 ottobre 2009, n. 392](#), che riforma integralmente [Tar Lazio, Roma, Sez. III, 9 settembre 2008, n. 8186](#), i cui principi vengono evocati dalla ricorrente a fondamento delle proprie deduzioni; in termini analoghi: [Consiglio di Stato, Sez. IV, 26 ottobre 2009, n. 391](#); [Tar Campania, Salerno, Sez. II, 24 febbraio 2020, n. 270](#); [TAR Emilia Romagna - Bologna, Sez. II, 25 giugno 2014, n. 686](#); [Tar Sardegna, Sez. I, 25 ottobre 2007, n. 1944](#); [Tar Lazio, Roma, Sez. III, 2 luglio 2004, n. 6430](#)).

Trattasi, infatti, di pronunce che, al di là della specifica situazione fattuale che viene, di volta in volta, in rilievo, possono ritenersi, sul punto, espressione di principi generali, tali da consentire di prescindere dalla posizione specifica del richiedente l'accesso nel singolo caso concreto.

14.1.3 Il differimento disposto s'appalesa, inoltre, coerente con le norme che assumono specifico rilievo [[art. 24, c. 4 della l. n. 241/1990](#) (da leggere in combinato disposto con l'art. 24, co. 6, lett. d) della medesima legge), ma anche e soprattutto [art. 9, c. 2 del d.P.R. n. 184/2006](#), secondo cui *“Il differimento dell'accesso è disposto ove sia sufficiente per assicurare una temporanea tutela agli interessi di cui all'articolo 24, comma 6, della legge, o per salvaguardare specifiche esigenze dell'amministrazione, specie nella fase preparatoria dei provvedimenti, in relazione a documenti la cui conoscenza possa compromettere il buon andamento dell'azione amministrativa”*] e frutto, nel caso che occupa, di un ponderato e ragionevole bilanciamento degli interessi contrapposti.

14.1.4 Come emergerà, inoltre, da quanto si avrà modo di esplicitare meglio in seguito, la differita ostensione degli atti di cui si sta discorrendo s'appalesa, peraltro, anche calibrata e congrua, sotto il profilo sostanziale, e non in grado di ostacolare il fine di tutela perseguito dalla ricorrente.

14.1.5 Per converso e proprio per le ragioni poco sopra evidenziare, il Collegio ritiene di non poter aderire all'orientamento recentemente espresso dal Tar Lombardia, Milano ([sez. IV, n. 8 febbraio 2022, n. 290](#)), invocato dalla ricorrente nella propria memoria di replica.

In disparte il fatto che la procedura in concreto esperita nel caso specifico non è propriamente riconducibile ad una procedura *“di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici”*, sì da escludere, conseguentemente, che le disposizioni dettate in materia di accesso agli atti dall'[art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016](#) e s.m.i. possano assurgere a parametro della legittimità dell'attività amministrativa posta in essere dal Comune, ritiene, in ogni caso, il Collegio che tali disposizioni, anche laddove ritenute espressive di principi mutuabili nell'ipotesi che qui occupa, vanno, comunque, lette alla luce del procedimento bi-fasico del *project financing* e ad esso, necessariamente, adattate.

Non si può, infatti, assolutamente ignorare che la disposizione di cui all'art. 53, comma 6, del decreto citato – che, secondo quanto colà stabilito, consente al concorrente l'accesso, *“ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto”*, 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 – è dettata avuto riguardo allo svolgimento di una procedura tradizionale di affidamento del contratto, che è ben diversa da quella che qui rileva, ove, come già in precedenza evidenziato, il piano di fattibilità tecnico/economica approvato in esito alla prima fase è, poi, posto a base della successiva gara per l'affidamento della concessione, di cui costituisce, anzi, elemento fondante.

Solo in quel momento avrà, dunque, compiutamente realizzato il suo scopo.

Non possono, quindi, che ribadirsi le considerazioni e osservazioni in precedenza svolte circa la necessità di salvaguardare la regolarità dell'indicenda gara e la *par condicio* tra i soggetti che vi prenderanno parte, che basta di per sé a giustificare il differimento.

15. Sulla scorta delle considerazioni svolte vanno, dunque, disattesi il terzo e il quarto motivo di impugnazione, in quanto destituiti di fondatezza.

16. A diverse conclusioni deve giungersi, invece, con riguardo alle doglianze contenute nel quinto motivo di impugnazione, che è, per lo meno in parte, fondato.

16.1 Invero, indubbia la pacifica ed immediata ostensibilità degli atti di nomina degli esperti, laddove, ovviamente, non già totalmente rilasciati alla ricorrente (n.d.r. parrebbe che, ad oggi, alla società ricorrente sia stato accordato l'accesso solo alla determinazione n. 1207/2020 di affidamento del servizio di supporto al RUP allo studio legale Bird & Bird, ma non all'atto del Segretario generale in data 23.12.2019 o 03.12.2019 di individuazione del gruppo di lavoro, di cui si fa cenno proprio nella detta determinazione dirigenziale e, poi, nella deliberazione della Giunta comunale n. 77/2021, e a quello di conferimento dell'incarico alla prof.ssa Veronica Vecchi, che parrebbe estranea all'organizzazione dello studio legale poc'anzi citato, come evincibile anche dall'elaborato *“Analisi elementi economico finanziari e allocazione del rischio”* in data 01.04.2021 dalla medesima prodotto e indicato per l'approvazione al pt. 2 del dispositivo alla detta deliberazione giunta separatamente da quello prodotto dallo studio legale Bird & Bird e riconducibile, per l'appunto, allo studio – vedi all. 5 fascicolo doc. Comune), il Collegio ritiene meritevoli di

apprezzabile considerazione le doglianze della ricorrente, laddove rivolte al differimento all'ostensione delle richieste di integrazione inviate a Enel Sole s.r.l. da parte del Comune.

16.1.1 L'immediata acquisizione di dette richieste è, infatti, strettamente necessaria alla ricorrente, in quanto funzionale a consentirle di verificare se le stesse risultavano meramente preordinate alla migliore soddisfazione del pubblico interesse perseguito ovvero se si tratta di richieste sostanzialmente riconducibili al potere (ampiamente) discrezionale attribuito all'Amministrazione dall'[art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50/2016](#), laddove stabilisce, per l'appunto, che in sede di valutazione della proposta e a tale specifico fine *“l'amministrazione aggiudicatrice può invitare il proponente ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione”* oppure se le richieste di integrazione rivolte a Enel Sole s.r.l. hanno, in realtà, aperto a tale società la possibilità di modificare in maniera sostanziale la proposta già formulata, rendendo vano e, anzi, *“bypassando”* il vincolo in precedenza imposto ai soggetti proponenti con l'indicazione degli *“elementi imprescindibili”* (e non meri *“elementi di massima”*, come riduttivamente affermato da Enel nella propria memoria), cui avrebbero dovuto adeguare, se non già rispondenti, le proposte già formulate, al fine di assicurare una base di omogeneità al confronto concorrenziale tra le stesse che l'Amministrazione aveva ritenuto opportuno esperire e che, poi, di fatto ha esperito con gli esiti che sono noti.

Vincolo, peraltro, mediante il quale l'Amministrazione ha, al contempo, limitato anche la propria discrezionalità e reso, poi, concreto per il tramite dei criteri dettati per la valutazione delle proposte nell'ambito del confronto comparativo, rendendo, conseguentemente, potenzialmente passibile di censura ogni attività eventualmente posta in essere in loro scostamento.

16.1.2 Al riguardo, non può, infatti, trascurarsi di considerare che il Comune - dopo avere invitato le tre società proponenti ad una preliminare presentazione dei contenuti delle proposte rispettivamente presentate, indicando gli elementi sulla base dei quali la presentazione avrebbe dovuto essere effettuata (all. 3 – fascicolo doc. Comune di Gorizia) - con nota del RUP in data 14 ottobre 2020, ha comunicato alle medesime, *“al fine di avviare il confronto comparativo delle proposte presentate”*, gli elementi che riteneva *“imprescindibili”* per dichiarare la fattibilità della proposta e quindi del progetto di efficientamento [ovvero: 1. assenza di contributo economico da parte del Comune di Gorizia; 2. allocazione dei rischi mediante, inter alia, i seguenti principi, sulla scorta anche della bozza di convenzione standard di MEF/RGS: a. investimento: per ogni giorno di ritardo decurtazione commisurata al mancato efficientamento energetico maturato sul ritardo; b. disponibilità: decurtazioni commisurate ai tempi di fermo luce; c. totale rischio tecnologico in capo all'Operatore Economico; d. modifiche al quadro fiscale e normativo (quest'ultimo con riferimento al settore energetico) in carico all'operatore economico (OE); 3. spromiscuamento tecnico e meccanico di tutti gli apparati presenti nel territorio Comunale (al 100%); 4. *revenue sharing* per i ricavi da TEE superiori a quanto previsto nel PEF], allegando un riepilogo dei dati relativi alla spesa storica (ultimo triennio) del Comune di Gorizia suddivisa in consumi e manutenzioni e assegnando loro termine per trasmettere le proposte aggiornate, incluso il piano economico-finanziario.

Sempre con tale nota ha, inoltre, anticipato alle società interessate che *“... – in linea con l'amplessissima discrezionalità amministrativa riconosciuta alle Amministrazioni Aggiudicatrici nella fase di valutazione delle Proposte – la fase di valutazione di fattibilità della proposta del promotore verrà condotta sulla base dei seguenti criteri: - allocazione dei rischi in capo all'Operatore Economico; - minor spesa complessiva per l'Amministrazione nell'arco di tutto il periodo di concessione; - convenienza economica della proposta, rispetto alla spesa storica e a Consip; - impatto sulla cittadinanza; - qualità tecnica e delle soluzioni tecnologiche proposte; - compatibilità della proposta presentata con servizi Smart City”* (all. 4 - fascicolo doc. Comune di Gorizia).

Sicché – è evidente – il Comune ha posto dei precisi vincoli alla propria discrezionalità, per lo meno ai fini dell'individuazione della proposta, tra le tre ricevute, ritenuta maggiormente confacente alla soddisfazione del pubblico interesse perseguito.

16.1.3 La deliberazione giuntale n. 77/2021, che, unitamente agli allegati acclusi, sintetizza la scelta effettuata, affermando che *“la proposta di maggior interesse pubblico, alla luce delle relazioni allegare, è quella presentata dalla società Enel X s.r.l.”*, ma, poi, stabilisce che la stessa, *“al fine della dichiarazione di fattibilità, debba essere integrata e modificata...”* e rinvia, pertanto, *“a successivo provvedimento la dichiarazione di fattibilità”*, e, poi, la deliberazione giuntale n. 237/2021 di dichiarazione di fattibilità della proposta di PPP di Enel Sole s.r.l. e individuazione del promotore, che, comunque, la presuppone, appalesano, pertanto, di per sé la sussistenza di quella stretta e immediata necessità per la ricorrente di acquisire, senza alcun differimento, le richieste integrative, rivolte dal Comune all'operatore economico con cui aveva deciso di proseguire l'interlocuzione, per poter verificare, anche comparando la sommaria indicazione delle integrazioni da richiedere a Enel riportata in delibera (*“Aspetti tecnici: - dovrà essere integrato l'aspetto relativo alla segnaletica luminosa con la sua presa in gestione, secondo quanto previsto nei CAM del Servizio di Illuminazione Pubblica; - dovranno essere ricalibrate le dimensioni degli scavi tenendo conto sia delle norme previste dal [Codice della Strada](#) sia delle previsioni del <Regolamento per l'esecuzione degli scavi e delle manomissioni del suolo pubblico nel territorio cittadino> del Comune di Gorizia; - si dovrà tenere conto delle indicazioni imposte dalla Soprintendenza relativamente alla possibilità di sostituire alcuni impianti. Aspetti economici e convenzionali: - maggiore dettaglio nella descrizione di alcune penali e nel meccanismo di applicazione delle stesse”*) con quelle puntuali in seguito effettivamente (e separatamente) richieste, la legittimità della sua estromissione dalla procedura, disposta, in quel momento, dall'Amministrazione, e, conseguentemente, della dichiarazione di fattibilità della proposta di Enel, che ne è seguita, e della individuazione della medesima quale promotore.

Ciò anche in considerazione del fatto che dalla sintesi offerta in delibera delle ragioni della decisione assunta non emerge con smaccata evidenza la straordinaria superiorità (in termini di rispondenza all'interesse pubblico) della proposta di Enel rispetto alle altre due, apprezzata e valutata sulla scorta dei criteri cui il Comune ha ritenuto di auto-vincolarsi per apprezzare gli elementi caratterizzanti le proposte stesse e, in particolare, quelli imprescindibili specificamente richiesti.

Anzi, in delibera si legge che *“... come si ricava anche dalle relazioni allegare, tutte le proposte richiederebbero comunque integrazioni e modifiche, ma sarebbe contrario ai principi di economicità e buon andamento della P.A. richiedere ai proponenti adempimenti ulteriori prima di aver effettuato la scelta strategica sul tipo di efficientamento del servizio che si ritenga di condividere”*.

E, poi, unicamente che *“nella proposta della società Enel X vengono offerti un numero di interventi Smart a valore aggiunto che rispecchiano le effettive necessità cittadine e che l'offerta risulta altresì ricca di interventi sia per quanto riguarda lo spomiscuamento, sia per quanto riguarda gli interventi di messa a norma, sia di efficientamento”* e che, *“come si evince dalla relazione del RUP, la proposta di Enel X si differenzia dalle altre due proposte in quanto presenta una visione nuova della Città di Gorizia offrendo interventi di valorizzazione delle strutture architettoniche e ambientali che, in questo particolare momento storico, vista anche la recente nomina di Gorizia, insieme a Nova Gorica, a Città Europea della Cultura (ECOC) 2025, costituisce, a giudizio dell'Amministrazione, la proposta di maggior interesse pubblico. Le altre due proposte, pur connotate da elementi di positività, prospettano soluzioni di minor interesse e innovazione per l'Amministrazione, che pur pregevoli, forniscono risposte parziali e non così significative rispetto al*

tema interventi Smart City e abbellimento della città, aspetti questi che rispecchiano le effettive necessità cittadine”.

Al punto che la Giunta conclude affermando che dal punto di vista dei servizi offerti, la proposta presentata dalla società Enel X *“risulta molto interessante nei contenuti e nel livello di dettaglio”.*

16.1.4 E', dunque, evidente che solo le integrazioni, poi, effettivamente richieste dal Comune a Enel Sole s.r.l. – del cui *“collegamento”* con la situazione soggettiva *‘finale’* direttamente riferibile al richiedente rispetto alla decisione contestata in separato giudizio non può assolutamente dubitarsi – possono essere in grado di offrire la *“misura”* e i *“contenuti”* della discrezionalità effettivamente esercitata dal Comune ovvero possono dare contezza se via sia stata solo mera ricerca della migliore soddisfazione dell'interesse pubblico oppure modifica dei parametri di valutazione a favore del solo operatore economico con cui il Comune stesso aveva deciso di proseguire l'interlocuzione.

In sostanza, se le integrazioni in questione sono state di carattere *“minimale”*, come reiteratamente sostenuto da Enel e dal Comune, o di carattere *“sostanziale”*, come dubita Citelum, con tutto ciò che ne deriva (o può derivare) ai fini delle difese da spiegare nel separato giudizio che Citelum stessa ha introdotto per contestare proprio la scelta effettuata dal Comune e la decisione assunta in esito alla fase di scelta del promotore.

Sulla base di un giudizio prognostico *ex ante*, non pare, dunque, potersi dubitare che la loro ostensione rappresenti per la ricorrente il *“tramite... per acquisire gli elementi di prova in ordine ai fatti (principali e secondari) integranti la fattispecie costitutiva della situazione giuridica ‘finale’ controversa e delle correlative pretese astrattamente azionabili in giudizio”* ([C.d.S., Ad. Plen., 25 settembre 2020, n. 19](#)) e che nessun ulteriore approfondimento al riguardo può essere svolto.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella pronuncia [n. 4 del 2021](#), ha, infatti, puntualizzato a tale riguardo che *“La pubblica amministrazione detentrica del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. non devono (...) svolgere alcuna ultronea valutazione sulla influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione o allo stesso giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso. Un diverso ragionamento reintrodurrebbe nella disciplina dell'accesso difensivo e, soprattutto, nella sua pratica applicazione limiti e preclusioni che, invece, non sono contemplati dalla legge, la quale ha già previsto, (...), adeguati criteri per valutare la situazione legittimante all'accesso difensivo e per effettuare il bilanciamento tra gli interessi contrapposti all'ostensione del documento o alla riservatezza”.*

16.1.5 Sicché, pur non intendendo assolutamente mettere in discussione la sussistenza, in astratto, del potere di differimento, il Collegio ritiene, in definitiva, che il Comune, con specifico riferimento alle richieste di integrazione inviate a Enel, vi abbia fatto ricorso in assenza dei presupposti legittimanti, sacrificando, anzi, immotivatamente le esigenze difensive della ricorrente, cui la loro ostensione è strumentale. Per converso, nessuna compromissione del buon andamento dell'azione amministrativa pare poter derivare dalla loro immediata conoscenza da parte della ricorrente medesima.

16.2 A diverso approdo si giunge, invece, con riguardo alla bozza di convenzione e alle risposte fornite da Enel e/o alle modifiche e integrazioni dalla stessa formulate, rispetto alle quali possono essere mutate le considerazioni e osservazioni in precedenza svolte con riguardo al progetto di fattibilità tecnica ed economica e relative integrazioni, relazione tecnica della specificazione dei servizi e del piano economico e finanziario e della sua relazione illustrativa e della matrice dei

rischi, su cui hanno, indubbiamente, inciso e rispetto al quale – s'è già evidenziato – il differimento disposto è da ritenersi ragionevolmente motivato e giustificato.

17. Nei sensi e limiti precisati, s'appalesa, dunque, fondato il quinto motivo di ricorso.

18. Il sesto motivo di ricorso si presta, invece, ad essere assorbito, in quanto dal suo eventuale accoglimento la società ricorrente non potrebbe trarre maggiore utilità da quella derivatole dall'esito dello scrutinio dei restanti motivi.

19. In definitiva, il ricorso va accolto nei sensi e limiti dianzi evidenziati e, per l'effetto, annullato il provvedimento del Comune di Gorizia del 18.01.2022, laddove:

- ha disposto il differimento dell'accesso alle richieste di integrazione inviate a Enel Sole s.r.l. da parte del Comune di Gorizia;

- ha omesso parzialmente di disporre, con conseguente diniego tacito, in relazione all'istanza di accesso laddove aveva ad oggetto gli atti di nomina degli esperti di cui l'Amministrazione si è avvalsa per l'espletamento dell'attività di valutazione delle proposte presentate.

20. Va, conseguentemente, accertato il diritto della ricorrente al loro immediato accesso, con obbligo del Comune di relativa esibizione/ostensione.

21. Per il resto il ricorso va rigettato.

22. In ragione dell'esito del giudizio, solo parzialmente satisfattivo della pretesa azionata dalla società ricorrente, le spese di lite possono essere compensate per metà nei rapporti tra la ricorrente stessa e il Comune e per la restante parte liquidate a suo favore nella misura indicata in dispositivo. Possono, invece, essere compensate per intero con la controinteressata Enel Sole s.r.l..

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia, Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e limiti di cui in motivazione. Per il resto lo rigetta.

Compensa le spese per metà tra il Comune intimato e la società ricorrente e per la restante parte condanna il primo al pagamento a favore della seconda delle spese di lite, che vengono liquidate nell'importo complessivo di € 1.000,00 (mille/00), oltre oneri di legge. Le compensa per intero con la controinteressata Enel Sole s.r.l..

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Oria Settesoldi, Presidente

Manuela Sinigoi, Consigliere, Estensore

Luca Emanuele Ricci, Referendario

L'ESTENSORE
Manuela Sinigoi

IL PRESIDENTE
Oria Settesoldi

IL SEGRETARIO