

**Diritto di accesso e segreti tecnici e commerciali:
il Consiglio di Stato perimetra i confini¹**

di Massimo Gentile

Si segnala un'interessante pronuncia del Consiglio di Stato (sez. V 7 gennaio 2020 n. 64) in tema di diritto di accesso in presenza di segreti tecnici e commerciali.

La questione nasce da una gara per l'affidamento, con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, di un appalto integrato di progettazione ed esecuzione di lavori.

Il raggruppamento classificatosi al secondo posto della graduatoria presentava istanza di accesso finalizzata ad ottenere tutti gli atti di gara ed, in particolare, il complesso della documentazione relativa all'offerta tecnica presentata dall'aggiudicatario, compresa quella concernente la fase di giustificazione dell'anomalia dell'offerta.

In sede di contraddittorio, l'aggiudicatario negava l'assenso all'ostensione, poiché le parti del progetto definitivo e dei giustificativi, così come le relazioni tecniche e le schede illustrative, rappresentavano, a suo dire, il risultato del *know-how*, degli investimenti nell'innovazione, della qualificazione professionale e del proprio lavoro imprenditoriale: erano dunque documenti tutelati dal segreto tecnico e commerciale.

L'accesso veniva, quindi, consentito dalla stazione appaltante limitatamente ai documenti non coperti dal rivendicato segreto industriale.

Il richiedente l'accesso presentava, quindi, ricorso al TAR Puglia – Bari che lo accoglieva (Sezione Prima, sentenza n. 227/2019) ingiungendo alla stazione appaltante di mettere a disposizione i documenti richiesti.

La decisione del TAR era fondata sul complessivo assunto che:

a) la collocazione del ricorrente al secondo posto, a soli venti centesimi di punto dalla prima classificata, costituisse di per sé circostanza idonea a qualificarne la posizione legittimante, posto che dall'accesso ai documenti di

¹ In corso di pubblicazione su www.appaltiecontratti.it

gara sarebbe “*innegabilmente [potuta] scaturire opportunità di più compiuta e completa difesa in giudizio*”;

b) in relazione ai procedimenti di natura concorsuale od evidenziale, l’interesse “*sottostante*”, idoneo a legittimare l’esercizio del diritto di accesso alla relativa documentazione, sarebbe *in re ipsa* e prescinderebbe – trattandosi di situazione giuridica autonoma – dall’interesse a proporre impugnativa giudiziale;

c) in ogni caso – alla luce del bilanciamento imposto dall’art. 53 d.lgs. n. 50 del 2016 – il potenziale conflitto con le esigenze di riservatezza delle informazioni commerciali e/o industriali fornite nell’ambito delle offerte o della giustificazioni delle medesime dovrebbe per definizione risolversi, trattandosi di accesso “*difensivo*”, a favore della valorizzata pretesa ostensiva.

I giudici pugliesi evidenziavano, altresì, sotto un profilo più generale, che la scelta di partecipare ad una procedura selettiva pubblica, come tale connotata da “*intrinseche ragioni di trasparenza*”, implicherebbe una implicita ma necessaria “*accettazione del rischio*” di pubblicizzare i contenuti dell’offerta.

La controinteressata proponeva appello avverso la ridetta statuizione che il Consiglio di Stato, con la sentenza in esame, accoglieva.

Secondo i giudici di Palazzo Spada, l’art. 53 d.lgs. n. 50 del 2016 richiama la disciplina generale di cui agli artt. 22 ss. 1. 7 agosto 1990, n. 241, aggiungendovi “*speciali e specifiche disposizioni derogatorie in punto di differimento, di limitazione e di esclusione della pretesa ostensiva in considerazione delle **peculiari esigenze di riservatezza** che sogliono manifestarsi e assumere rilievo nel contesto delle procedure evidenziali*”.

Per questo profilo, la norma recepisce le indicazioni dell’art. 21 della direttiva 2014/24/UE, dell’art. 39 della direttiva 2014/25/UE e dell’art. 28 della direttiva 2014/23/UE, a tenore dei quali, le stazioni appaltanti:

- a) sono tenute a non rivelare «*informazioni comunicate dagli operatori economici e da essi **considerate riservate, compresi anche, ma non esclusivamente, segreti tecnici o commerciali**, nonché gli aspetti riservati delle offerte*»;
- b) sono autorizzate a «*imporre agli operatori economici condizioni intese a **proteggere la natura confidenziale delle informazioni** [rese] disponibili durante tutta la procedura*».

In attuazione dei richiamati criteri direttivi, l'art. 53, comma 5, lett. a) del Codice sancisce: «**sono esclusi il diritto di accesso** e ogni forma di divulgazione in relazione [...] alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo **motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali**».

Osserva, quindi, la sezione V del Consiglio di Stato, che la “*voluntas legis, consona al particolare contesto concorrenziale, è, dunque, di **escludere dall'ostensibilità** propria degli atti di gara quella parte dell'offerta o delle giustificazioni della anomalia che **riguardano le specifiche e riservate capacità tecnico-industriali o in genere gestionali** proprie dell'impresa in gara (il know how), vale a dire l'insieme del “saper fare” e delle competenze ed esperienze, originali e tendenzialmente riservate, maturate ed acquisite nell'esercizio professionale dell'attività industriale e commerciale e che concorre a definire e qualificare la specifica competitività dell'impresa nel mercato aperto alla concorrenza”.*

La *ratio legis* è di far sì che, proprio con riguardo ad una gara pubblica - che non deroga ma assicura la corretta competizione tra imprese - del diritto di accesso, “**non si possa fare un uso emulativo**, ad esempio da parte di contendenti che potrebbero formalizzare l'istanza allo **scopo precipuo di giovare di specifiche conoscenze industriali o commerciali** acquisite e detenute da altri (cfr. Cons. Stato, VI, 19 ottobre 1990, n. 6393)”.

Ne deriva che la scelta di prendere parte ad una procedura competitiva non implica un'impropria accettazione del rischio di divulgazione di segreti industriali o commerciali, i quali - almeno in principio - restano sottratti, a tutela del loro specifico valore concorrenziale, ad ogni forma di divulgazione.

Il sancito limite alla ostensibilità è, comunque, subordinato all'espressa «*manifestazione di interesse*» da parte dell'impresa interessata, cui incombe l'onere dell'allegazione di «**motivata e comprovata dichiarazione**», mediante la quale dimostri l'effettiva sussistenza di un segreto industriale o commerciale meritevole di salvaguardia.

A tal fine - si legge nella sentenza *de qua* - la presentazione di una istanza di accesso impone alla stazione appaltante di coinvolgere, in rispetto del contraddittorio, il concorrente controinteressato, nelle forme di cui alla

disciplina generale del procedimento amministrativo, e richiede una “**motivata valutazione delle argomentazioni offerte**, ai fini dell’apprrezzamento della effettiva rilevanza per l’operatività del regime di segretezza”.

Del resto, l’accesso è, nella materia in esame, strettamente legato alla sola esigenza di «difesa in giudizio» con la conseguenza 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**”, piuttosto la “**concreta necessità** (da riguardarsi, restrittivamente, in termini di stretta indispensabilità) **di utilizzo della documentazione** in uno specifico giudizio”.

In particolare, è affermato nella sentenza, “la mera intenzione di **verificare e sondare l’eventuale opportunità di proporre ricorso giurisdizionale** (anche da parte di chi vi abbia, come l’impresa seconda graduata, concreto ed obiettivo interesse) **non legittima un accesso** meramente esplorativo a informazioni riservate, perché difetta la dimostrazione della specifica e concreta indispensabilità a fini di giustizia”.

La pronuncia va ad innestarsi nell’orientamento giurisprudenziale che offre un’interpretazione più restrittiva dell’art. 53, comma 6 del Codice, secondo cui “se è vero che nell’ambito delle gare pubbliche la tutela del segreto tecnico o commerciale è esclusa in presenza del diritto alla tutela giurisdizionale, tuttavia si impone **l’effettuazione di un accurato controllo in ordine alla effettiva utilità** della documentazione richiesta, alla stregua di una sorta di prova di resistenza” (Consiglio di Stato Sezione V Sentenza 12 novembre 2019, n. 7743; Consiglio di Stato Sezione III).

Siffatto orientamento se, in linea concettuale, appare condivisibile, sotto il profilo operativo desta talune perplessità.

Più nel dettaglio, secondo le indicazioni del Consiglio di Stato, gli elementi basilari per l’assunzione della decisione, da parte di una stazione appaltante, di consentire o meno l’accesso in presenza di evidenziati segreti tecnici e commerciali, sono sostanzialmente due:

- da un lato, la valutazione delle argomentazioni offerte dal controinteressato per l’operatività del regime di segretezza;

- dall'altro lato, la valutazione della concreta necessità (*rectius* "stretta indispensabilità") di utilizzo giudiziale della documentazione da parte del richiedente l'accesso.

Entrambe le valutazioni si prospettano complesse ed insidiose.

La verifica delle argomentazioni svolte dall'operatore economico la cui offerta è oggetto di richiesta di accesso, a sostegno della esistenza di *know-how* industriale e commerciale, presuppongono, necessariamente, una profonda conoscenza di aspetti tecnici e imprenditoriali correlati all'offerta che non è così scontato che un Responsabile del Procedimento possieda.

Non più agevole si presenta il compito di comprendere se la documentazione che forma oggetto di richiesta di accesso sia effettivamente "indispensabile" ai fini di instaurare un eventuale giudizio.

In linea teorica nemmeno lo stesso soggetto istante potrebbe essere in grado di sapere a priori se il documento richiesto sia effettivamente "indispensabile" o addirittura anche solo "utile" nell'ambito di un eventuale giudizio.

In altre parole, fino a quando l'operatore economico richiedente l'accesso non sia venuto a conoscenza del contenuto dei documenti oggetto della richiesta, è difficilmente in condizione di poterne apprezzare il grado di utilità e spendita nel giudizio attivato o che si sta accingendo ad attivare.

In siffatto contesto, il rischio reale è quello di addivenire ad una valutazione, frutto, non tanto di un "*accurato controllo*" della fondatezza delle argomentazioni offerte dalle parti, piuttosto di elementi che, a livello meramente indiziario, possano o meno far emergere una pretestuosità dell'una o dell'altra posizione.

Ad esempio, nella prassi, una dichiarazione di segretezza della totalità o di gran parte dell'offerta e/o dei giustificativi è ritenuta sintomatica di una volontà meramente ostativa all'istanza di accesso, piuttosto che di una effettiva esigenza di tutela del *know-how*.

Parimenti, una richiesta di accesso formulata da un soggetto che, alla luce della sua posizione nella graduatoria di gara o del punteggio ottenuto, non dispone di oggettivi apprezzabili margini per proporre un ricorso, viene generalmente considerata avente finalità "esplorativa", non meritevole di una tutela tale da superare le obiezioni del controinteressato.

Tuttavia, a fronte di situazioni di tal genere, indubbiamente più semplici da “decifrare”, se ne profilano, sovente, di più articolate e complesse che le indicazioni della giurisprudenza non aiutano a dirimere.

In sostanza, gli operatori del settore più che conoscere l’esatto bilanciamento tra i contrapposti interessi in gioco, hanno necessità di acquisire punti fermi ai quali ancorare le proprie decisioni che ad oggi non è dato rinvenire.

Del resto, il bisogno di certezza è sempre stato più forte del bisogno di verità ...