



Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da

Gennaro Terracciano, Piero Bontadini, Stefano Toschei,
Mauro Orefice e Domenico Mutino

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Coordinamento

Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 9/2014

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Bonfiglio Salvatore, Carloni Enrico, Castiello Francesco, Cittadino Caterina, D'Alessio Gianfranco, Di Pace Ruggiero, Gagliarducci Francesca, Gardini Gianluca, Gattamelata Stefano, Greco Maurizio, Laurini Giancarlo, Liccardo Gaetano, Mari Angelo, Marini Francesco, Mastrandrea Gerardo, Matera Pierluigi, Merloni Francesco, Nobile Riccardo, Palamara Luca, Palma Giuseppe, Panzironi Germana, Pasqua Simonetta, Patroni Griffi Filippo, Piazza Angelo, Pioggia Alessandra, Puliat Helene, Realfonzo Umberto, Schioppa Vincenzo, Sciascia Michel, Sestini Raffaello, Spagnoletti Leonardo, Staglianò Giuseppe, Storto Alfredo, Titomanlio Federico, Tomassetti Alessandro, Uricchio Antonio, Volpe Italo.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Luigi Ferrara, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Masimo Pellingra, Carlo Rizzo, Francesco Rota, Stenio Salzano, Ferruccio Sbarbaro, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Angelo Vitale, Virginio Vitullo.

La tutela delle informazioni segrete nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica fra consolidamento giurisprudenziale e prospettive di riforma

di Francesco De Clementi*

Sommario

1. Premessa – 2. Quadro normativo – 3. Analisi giurisprudenziale – 4. Profili critici e possibili soluzioni.

1. Premessa

L'evidenza pubblica, mutata nel tempo da presidio dell'interesse delle amministrazioni pubbliche a quello della concorrenza privata, ha paradossalmente insito in sé un fattore di rischio per la concorrenza stessa che il *procurement* fra privati non conosce e ciò proprio in ragione di uno dei principi cardine a cui tale settore giuridico è chiamato a conformarsi ovvero quello della trasparenza.

Tale fattore di rischio è nello specifico quello a cui gli operatori economici si espongono qualora producano alla stazione appaltante, nell'ambito delle proprie offerte tecniche, informazioni segrete a valenza industriale o commerciale, vale a dire quella tipologia di informazioni non proteggibile mediante gli ordinari strumenti della proprietà intellettuale a cui fa riferimento, essendo la loro protezione ritenuta meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, l'articolo 98 del codice della

proprietà industriale, decreto legislativo 4 marzo 2005, n. 30.¹

Il rischio a cui si fa riferimento non è ovviamente rappresentato dalla messa in disponibilità di tali informazioni alle amministrazioni aggiudicatrici, data l'esigibile segretezza cui le stesse sono tenute, anche mediante l'adozione di apposite cautele qualora la tipologia dell'affidamento lo renda opportuno, ma dalla

* Il lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della *double blind peer review*.

¹ Per una disamina generale della tutela del *know-how* industriale o commerciale prodotto in sede di procedure di gara, anche con riferimento alla sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 28 luglio 2011, n. 13 cfr. A. VALLETTI, *La pubblicità delle sedute di gara si estende all'offerta tecnica*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, p. 1314 ss.; e specificamente per i profili oggetto della presente trattazione, M. LONGO, *L'accesso agli atti di gara e il bilanciamento tra tutela della riservatezza e il diritto di accesso alla documentazione suscettibile di rilevare il know-how di un'impresa*, in *Foro amministrativo C.d.S.*, 2010, p. 1992 ss.

possibilità che altri concorrenti nella procedura di appalto possano, esercitando il diritto di accesso agli atti, acquisirne cognizione.

Sulla tematica in questione pare necessario premettere, prima di addentrarsi in riflessioni, come non solo il diritto positivo abbia ormai assunto una conformazione consolidata sulla base della preminenza del diritto di accesso, quale attuazione del principio-scopo di democrazia amministrativa, ma di come anche la giurisprudenza abbia ormai uniformato il proprio orientamento, in forza di plurime decisioni che nel corso degli anni hanno permesso di vagliare ogni possibile aspetto della casistica.

Nonostante tali premesse, si deve comunque evidenziare come l'equilibrio trovato tanto dall'assetto normativo quanto da quello giurisprudenziale nell'assurgere a prevalenza, sebbene con una certa severità applicativa, il diritto di *discovery* su quello alla preservazione della segretezza, continui ad offrire il fianco, quantomeno in linea teorica, a possibili abusi del diritto da parte di quegli operatori economici interessati, piuttosto che a genuinamente tutelare i propri interessi giuridici, ad acquisire artificiosamente a danno di propri concorrenti informazioni segrete che, pare utile ribadire, proprio in ragione della loro natura non sono proteggibili se non con la segretezza.²

2. Quadro normativo

² Tale possibile utilizzo patologico del diritto in analisi è stato anche più volte rilevato dalla giurisprudenza fra cui v. sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, sezione terza, 26 febbraio 2013, n. 2106; sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sede di Milano, sezione terza, 15 gennaio 2013, n. 116; sentenza del Consiglio di Stato, sezione quinta, 21 novembre 2011, n. 6136; sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, sezione terza, 21 marzo 2011, n. 2422; e sentenza del Consiglio di Stato, sezione sesta, 10 maggio 2010, n. 2814.

Stante quanto sopra premesso, pare necessario, prima di analizzare gli approdi giurisprudenziali in materia e prospettare possibili soluzioni ai *vulnera* che si reputano possano ancora persistere, offrire un breve quadro ricognitivo delle disposizioni normative a disciplina di quanto in esame.

Essenziale riferimento allo scopo è da rinvenirsi nell'articolo 13 del codice dei contratti pubblici, decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, che al comma 5 dispone l'esclusione del diritto di accesso e di ogni altra forma di divulgazione, fra l'altro, relativamente alle «*informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali*» per poi prevedere, al successivo comma 6, in deroga al principio generale ora esposto, che «*è comunque consentito l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio di propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito del quale viene formulata la richiesta di accesso*».³

Il dato normativo ora esposto deve, per un esauriente inquadramento dello stesso, essere messo a sistema con altri quattro riferimenti legislativi, di cui il primo rappresentato dall'articolo 24 della legge sul procedimento amministrativo, legge 7 agosto 1990, n. 241, che, oltre a disciplinare generalmente l'istituto

³ Sulle modalità ostensive, di non particolare interesse per la presente trattazione, per completezza v. sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, sezione prima, 25 febbraio 2010, n. 678; sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, sezione prima, 8 maggio 2008, n. 1015 (che statuiscono come al fine di garantire l'effettività dell'accordato diritto di accesso nella materia in esame si renda necessaria la possibilità di estrazione di copia degli atti e non la semplice visione degli stessi); e parere sulla normativa dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, 27 maggio 2010, rif. AG21-10.

dell'accesso agli atti, al comma 6, lettera c) dispone la possibilità di prevedere per via regolamentare la sottrazione dall'accesso di documenti che *«riguardino la vita professionale o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono»*.

Il secondo riferimento normativo da porre in combinato disposto con il riportato articolo 13 del codice dei contratti pubblici, al fine di individuare per via positiva cosa si intenda per *«segreti tecnici o commerciali»*, va rinvenuto al di fuori della sfera della normativa tipica del dominio amministrativo, ovvero nel citato articolo 98 del codice della proprietà industriale che, nella sezione dedicata alle *«informazioni segrete»*, stabilisce al comma 1 che *«costituiscono oggetto di tutela le informazioni aziendali e le esperienze tecnico-industriali, comprese quelle commerciali, soggette al legittimo controllo del detentore, ove tali informazioni: a) siano segrete, nel senso che non siano nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore; b) abbiano valore economico in quanto segrete; c) siano sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete»*.

Citando per completezza, ma al tempo stesso tralasciando per brevità, gli ulteriori due riferimenti normativi con cui integrare l'analisi del menzionato articolo 13 del codice dei contratti pubblici, in ragione della loro non particolare rilevanza per quanto concerne il presente scritto, ovvero l'articolo 294 del regolamento di esecuzione ed attuazione del codice dei contratti pubblici, decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207 sulle condizioni e le

modalità di esercizio del diritto di accesso nello specifico ambito in esame e, più ampiamente, il regolamento generale sul diritto di accesso, decreto del Presidente della Repubblica 12 aprile 2006, n. 184; pare innanzitutto utile interrogarsi sul rapporto fra i due principali riferimenti normativi sopra delineati, ovvero l'articolo 13 del codice dei contratti pubblici e l'articolo 24 della legge sul procedimento amministrativo.

3. Analisi giurisprudenziale

A tale interrogativo sembra aver già dato convincente soluzione la giurisprudenza amministrativa, fra cui si cita la recentissima ordinanza del Consiglio di Stato, sezione terza, 15 luglio 2014, n. 3688 che puntualmente rileva come *«la disciplina contenuta nel cit. art. 13 del codice dei contratti pubblici costituisce una sorta di micro-sistema normativo, collegato alla peculiarità del settore considerato, pur all'interno delle coordinate generali dell'accesso tracciate dalla legge n. 241 del 1990; tale norma specifica i principi di cui all'art. 24 della legge n. 241 del 1990 sul bilanciamento degli interessi contrapposti alla trasparenza ed alla riservatezza, rispetto ai quali è però più puntuale e restrittiva, definendo esattamente l'ambito di applicazione della esclusione dall'accesso, ancorandola, sul piano della legittimazione soggettiva attiva, al solo concorrente che abbia partecipato alla selezione e, su quello oggettivo, alla sola esigenza di una difesa in giudizio, sicché la previsione risulta molto più rigida di quella contenuta nel cit. art. 24 della legge n. 241 del 1990, il quale contempla un ventaglio più ampio di possibilità consentendo l'accesso ove necessario per la tutela della posizione giuridica del richiedente, senza alcuna restrizione alla sola dimensione processuale»*.

Il rapporto⁴ che si interpone fra l'articolo 24 della legge sul procedimento amministrativo e

⁴ cfr. R. GIANI, *La pluralità di regimi di accesso agli atti in materia di appalti*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, p. 1311 ss.; e G. FRACCASTORO, *Il diritto di accesso agli atti di gara*, in *Corriere del merito*, 2012, p. 335 ss.

l'articolo 13 del codice dei contratti pubblici appare quindi connotato dal carattere relazionale del *genus ad speciem*⁵ nel quale si possono individuare almeno due rilevanti elementi distintivi della disciplina in esame rispetto a quanto generalmente disposto per i documenti amministrativi, di cui il primo elemento concernente l'onere da parte degli operatori economici, nella loro veste di controinteressati all'accesso, di rappresentare alla stazione appaltante procedente, con motivata e comprovata dichiarazione, quali fra le informazioni fornite costituiscano segreti tecnici e commerciali⁶ ed il secondo concernente la legittimazione soggettiva ed oggettiva che deve contraddistinguere l'istante al fine del positivo esperimento dell'*actio ad exhibendum*, ovvero non solamente quella, sotto il versante soggettivo, di partecipazione alla procedura di gara, ma anche quella, sotto il versante oggettivo, di contestualizzazione della richiesta ostensiva «*in vista della difesa in giudizio dei propri interessi*» e cioè mediante una specificazione restrittiva di quanto generalmente previsto per l'accesso ordinario, nel quale si qualifica sufficiente che la conoscenza degli atti sia «*necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici*».⁷

Da quanto delineato è possibile evidenziare come l'accesso in esame si configuri come un

accesso difensivo rafforzato rispetto a quello ordinario, verso il quale si atteggia in via derogatoria⁸, non necessitandosi difatti solamente la qualità di portatore di un interesse differenziato rispetto alla generalità dei consociati e nemmeno quella di necessità dell'accesso al fine di curare o difendere propri interessi giuridici, bensì ponendosi quale requisito indispensabile quello di coltivazione di un'azione giudiziaria nell'ambito di una procedura di evidenza pubblica nella quale si è effettivamente partecipanti.

In merito all'azione giudiziaria che rappresenta fattore di legittimazione all'accesso, pare utile sottolineare come la giurisprudenza abbia chiarito come la stessa possa anche non essere iniziata, in virtù della locuzione «*in vista*» di cui al citato articolo 13, comma 6 del codice dei contratti pubblici, e di come eventuali preclusioni processuali⁹ che rendano fattivamente inidoneo l'istante all'esperimento della tutela giudiziaria, ad esempio mediante la sopraggiunta tardività per l'impugnazione degli atti di gara asseritamente lesivi, inficino feralmente la possibilità di vedersi accolta la richiesta ostensiva.

In ulteriore specificazione degli arresti giurisprudenziali ora illustrati si evidenzia come sia

⁵ Chiara indicazione ne fornisce, fra l'altro, lo stesso articolo 13 che al comma 1 dispone come «*salvo quanto espressamente previsto nel presente codice, il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni*».

⁶ cfr. A. GUALDANI, *L'accesso agli atti di gara da parte di un'impresa non concorrente*, in *Foro amministrativo C.d.S.*, 2011, p. 1678 ss.; e A. MALANDRINO, *Il diritto di accesso ai documenti nelle gare d'appalto e la tutela di interessi commerciali legittimi e della concorrenza*, in *Foro amministrativo C.d.S.*, 2013, p. 1803 ss.

⁷ v. parere precontenzioso dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, 6 febbraio 2013, n. 6.

⁸ v. sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, 6 ottobre 2011, n. 1463; e sentenza del Consiglio di Stato, sezione sesta, 30 luglio 2010, n. 5062.

⁹ v. sentenza del Consiglio di Stato, sezione quinta, 17 giugno 2014, n. 3079; sentenza del Consiglio di Stato, sezione quinta, 24 marzo 2014, n. 1446 (che ha ritenuto infondata la richiesta di accesso alle informazioni tecniche degli altri operatori economici nell'ambito di una procedura di gara una volta che l'istante non possa più impugnare il provvedimento di propria esclusione); sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sede di Catania, sezione terza, 15 gennaio 2014, n. 49; sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, sezione seconda, 4 dicembre 2013, n. 821; sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria, sezione seconda, 10 novembre 2010, n. 10262; e sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, sezione prima, 30 dicembre 2009, n. 2694.

stata inoltre configurata come necessaria la dimostrazione da parte del concorrente che aziona l'accesso dell'effettiva utilità prospettica della stessa istanza ai fini del giudizio, non essendo ammesso, consimilmente a quanto accade in quello ordinario, un accesso esplorativo¹⁰ non ragionevolmente sostenuto da puntuali elementi a supporto dell'asserita illegittimità dell'operato della stazione appaltante.

Pare interessante a questo punto evidenziare come al pari dell'esposto onere in capo al concorrente di dimostrare la valenza non esplorativa della propria istanza di accesso¹¹ vi corrisponda, come anticipato, un contrapposto onere in capo al concorrente controinteressato all'accesso, e in tale veste chiamato dall'amministrazione ad intervenire nel procedimento, di dimostrare con significativa puntualità la segretezza delle informazioni industriali o commerciali prodotte nell'ambito della gara.¹²

¹⁰ v. sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, sezione terza ter, 10 maggio 2011, n. 4081, alla lettera della quale «il diritto di accesso agli atti amministrativi non può estendersi ad un sindacato generalizzato dell'intera attività nell'ambito di una procedura concorsuale cui si è rimasti volontariamente estranei, attraverso l'enunciazione di un interesse meramente esplorativo, e privo dell'indicazione di alcun principio di prova in ordine alle illegittimità che si sarebbero perpetrate, e che diverrebbero eventualmente concrete solo dopo un monitoraggio dell'intera attività amministrativa volto alla ricerca di possibili imperfezioni, irregolarità od anomalie, ab origine solo ipotizzate ma non suffragate da concreti elementi»; sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria, sezione prima, 5 novembre 2009, n. 662; e sentenza del Consiglio di Stato, sezione quinta, 9 dicembre 2008, n. 6121.

¹¹ v. sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, sezione prima, 3 marzo 2011, n. 371.

¹² v. sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Latina, sezione prima, 7 novembre 2013, n. 839 (che ha ritenuto insufficienti le prospettazioni dell'operatore economico controinteressato costituite da imprecisati e non comprovati interessi di natura professionale e finanziaria); e sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise, sezione prima, 16 luglio

Tale onere deve essere concettualmente riconnesso a un'ulteriore peculiarità, ancorché non esclusiva, della tipologia di accesso in esame rispetto a quella generale, ovvero al fatto che i documenti oggetto dell'istanza di accesso non sono formati, come generalmente accade, da un'amministrazione, ma da privati, acquisendo questi valenza pubblicistica proprio in ragione del loro inserimento in un procedimento amministrativo, così rendendosi logicamente necessario attribuire ai soggetti formanti gli stessi l'onere di identificare gli eventuali profili di segretezza.¹³

In merito a quale fra i due prospettati oneri, entrambi si assume idealmente rappresentati in forma non generica, debba prevalere sull'altro, è particolarmente interessante fare nuovamente riferimento alla citata ordinanza del Consiglio di Stato n. 3688/2014, che conferma quanto statuito nelle relative prime cure dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sede di Brescia, sezione seconda, con ordinanza 3 marzo 2014, n. 349, alla lettera della quale «(omissis) si tratta a questo punto di stabilire se debba essere più gravoso l'onere della prova a carico del soggetto che vuole sottrarsi all'accesso o quello a carico del soggetto che vuole conoscere l'offerta tecnica dei concorrenti. In effetti, a entrambi è chiesto di motivare la rispettiva posizione, ma mentre chi resiste all'accesso è sempre in grado di spiegare per quale motivo consideri le informazioni contenute nell'offerta come segreti tecnici o commerciali, chi intende invece conseguire l'accesso può trovarsi in

2013, n. 494, che afferma come «ai sensi dell'art. 13 comma 5 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, per opporre la conoscenza su presunti segreti tecnici o commerciali, la parte interessata deve offrire una comprovata e documentata dichiarazione che faccia comprendere per quali specifiche ragioni determinati atti sono coperti dal segreto industriale o commerciale; tali ragioni devono poi essere valutate dall'Amministrazione ed eventualmente portate a conoscenza di chi richieda l'accesso».

¹³ cfr. L. DE PAULI, *L'actio ad exhibendum nel giudizio in materia di appalti*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, p. 947 ss.

una situazione di estrema difficoltà, in quanto normalmente non conosce il contenuto delle offerte dei concorrenti e può solo ipotizzare che la propria sia migliore e ingiustamente penalizzata nel punteggio; (omissis) se dunque un'istanza di accesso potesse essere bloccata con l'argomento che si tratta di una richiesta meramente esplorativa, ovvero finalizzata alla ricerca di potenziali motivi di impugnazione che al presente non sono ancora chiari, vi sarebbe uno squilibrio nella tutela dei soggetti con interessi contrapposti. Più precisamente, verrebbe chiesto alla parte che possiede meno informazioni di motivare il proprio interesse all'accesso con dati che evidentemente sono al di fuori della sua sfera di conoscenza, mentre la parte che dispone di più informazioni potrebbe limitarsi a eccepire la presenza di segreti tecnici o commerciali, risultando di fatto esonerata dall'obbligo di darne puntuale dimostrazione, in contrasto con quanto espressamente previsto dall'art. 13 comma 5-a del Dlgs. 163/2006; (omissis) la composizione di questo conflitto tra opposte aspettative deve quindi essere ricercata chiedendo al soggetto che resiste all'accesso di chiarire analiticamente sotto quali profili le indicazioni contenute nella propria offerta costituiscano segreti tecnici o commerciali; (omissis) qualora la dimostrazione dell'esistenza di un vero e proprio segreto non sia fornita in modo puntuale, torna a prevalere il principio di accessibilità dell'offerta, a tutela del diritto di difesa dei concorrenti (omissis)».¹⁴

Il pronunciamento ora esposto ulteriormente consolida, stante l'equiparabilità in termini di esigibile non genericità dei relativi presupposti, l'assunzione privilegiata del valore della trasparenza su quello antagonista della segretezza nell'alveo delle procedure di evidenza pubblica, e ciò anche in ossequio all'insegnamento impartito dalla giurisprudenza comunitaria sin dalla

storica sentenza resa in via pregiudiziale il 14 febbraio 2008 dalla Corte di Giustizia, sezione terza, nel procedimento C-450/06 fra Varec SA e lo Stato belga con l'intervento di Diehl Remscheid GmbH & Co. concernente l'accesso ad informazioni segrete a valenza industriale prodotte nell'ambito di una procedura di appalto per l'affidamento di forniture nel settore della difesa.¹⁵

In tale pronuncia il giudice comunitario nitidamente difatti evidenzia il principio successivamente divenuto portante dell'intera materia, ovvero quello secondo cui «(omissis) nell'ambito di un ricorso proposto contro una decisione adottata da un'amministrazione aggiudicatrice relativa a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, il principio del contraddittorio non implica che le parti abbiano un diritto di accesso illimitato e assoluto al complesso delle informazioni relative alla procedura di aggiudicazione dei mercati di cui trattasi che sono state presentate all'organo responsabile del ricorso. Al contrario, tale diritto di accesso dev'essere ponderato con il diritto di altri operatori economici alla tutela delle informazioni riservate e dei loro segreti commerciali», essendo compito della stazione appaltante quello di «(omissis) decidere in che misura e secondo quali modalità occorra garantire la riservatezza e il segreto di tali informazioni, per le esigenze di tutela giudica effettiva e dei diritti di difesa delle parti nella controversia e, in caso di ricorso giurisdizionale o di un ricorso presso un organo che è una giurisdizione ai sensi dell'art. 234 CE, in modo che il procedimento rispetti, nel suo complesso, il diritto ad un equo processo».

Anche alla luce di tale orientamento, recepito dall'ordinamento nazionale e uniformemente

¹⁴ Per un'analisi sull'inserimento del diritto di accesso nell'ambito in esame all'interno delle possibili strategie processuali cfr. A. MULTARI, *I mutevoli confini del diritto di accesso*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, p. 157 ss.

¹⁵ cfr. R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, p. 444; e S. D'Amario, *Appalti pubblici: tutela delle informazioni riservate e diritto ad un equo processo* (Corte di Giustizia delle Comunità europee, Terza Sezione, sentenza del 14 febbraio 2008 nella causa C-450/06), in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2008, p. 203 ss.

interpretato dalla relativa giurisprudenza, il valore della segretezza, nel bilanciamento di interessi connaturato al diritto di accesso nell'ambito in esame, nettamente si configura come recessivo rispetto a quello della trasparenza che, pur se valore dominante – pare utile evidenziare anche ai fini delle conclusioni del presente scritto – non si caratterizza comunque per un livello di assolutezza tale da divenire una *dominant reason*¹⁶.

La cedevolezza della segretezza rispetto alla trasparenza, *rectius* al diritto di difesa giudiziale, configura quindi la normativa dell'accesso nell'ambito dei contratti pubblici come maggiormente specificativa del principio costituzionale di cui all'articolo 24 della Carta rispetto a quella generale di cui alla legge sul procedimento amministrativo, rendendosi, come già delineato, necessaria la prospettazione¹⁷ di una difesa dei propri interessi connessi all'accesso in un giudizio piuttosto che la mera tutela degli stessi per via anche non univocamente giudiziale.

4. Profili critici e possibili soluzioni

L'assunto ora esposto presenta comunque ancora, ad avviso di chi scrive, ampi profili di criticità connessi ai rilevanti margini lasciati agli operatori economici di indebitamente utilizzare, sofisticatamente prospettando le proprie ragioni, l'accesso in sede di gara per scopi atti a falsare il gioco della concorrenza.

Pare infatti possibile, quantomeno a livello teorico (a volte comunque antesignano di quello

pratico), ipotizzare un'analisi costi-benefici in capo ad un dato operatore economico che reputi conveniente sostenere gli oneri, diretti ed indiretti, di partecipazione ad una data procedura di appalto e di successiva impugnazione giudiziaria degli atti di gara al solo fine di acquisire cognizione, mediante l'esercizio del diritto di accesso, di informazioni segrete industriali o commerciali che ragionevolmente reputa un proprio operatore economico concorrente – concorrente non tanto nella specifica procedura di gara quanto nel mercato di comune riferimento – produca alla stazione appaltante a sostegno della propria offerta.

Pur potendosi, sempre in linea di principio, obiettare che l'operatore economico che decida di partecipare ad una procedura ad evidenza pubblica accetti implicitamente, in ragione del carattere pubblicistico della stessa e dei principi di pubblicità e trasparenza che informano l'*agere* amministrativo, il rischio che le informazioni segrete confluite nella documentazione di gara possano legittimamente fuoriuscire dalla sfera di cognizione della sola stazione appaltante, pare utile comunque sottolineare come tali informazioni vengano trasmesse all'amministrazione sulla base di un rapporto fiduciario fra offerente e amministrazione medesima (anche con profili a valenza penalistica) non meno meritevole di tutela, ad avviso di chi scrive, dell'*accountability* di cui la trasparenza è declinazione; dovendosi conseguentemente rilevare come gli sforzi riservati tanto dal legislatore quanto dalla giurisprudenza, con poche illuminate eccezioni di cui in seguito, appaiano ancora non del tutto soddisfacenti al fine di tutelare tale rapporto di fiduciarità.

A questo proposito pare infatti utile menzionare come interessanti sproni in tale senso siano rinvenibili sia in alcune intuizioni del giudice amministrativo, sia nei prossimi scenari europei in materia di contratti pubblici delineati dalle

¹⁶ v. sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, sezione prima, 24 settembre 2010, n. 3490; sentenza del Consiglio di Stato, sezione sesta, 19 ottobre 2009, n. 6393; e sentenza del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, 15 ottobre 2009, n. 958.

¹⁷ v. sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sede di Milano, sezione prima, 29 gennaio 2010, n. 199.

nuove direttive del 26 febbraio 2014, nn. 23, 24 e 25.

Per quanto concerne la giurisprudenza si riporta, quale esempio, l'inciso di una decisione, in seguito ripreso anche da altre pronunce¹⁸, forse eccessivamente creativo e dal dubbio rispetto della sfera di riserva amministrativa, ma certamente efficace e suggestivo, di cui alla sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo, sezione prima, 1 dicembre 2008, n. 77, che, in accoglimento di un ricorso avverso un diniego di accesso nell'ambito di una procedura di appalto, ha statuito come «ciò non di meno la ricorrente è tenuta ad un formale impegno scritto a non divulgare in alcun modo la documentazione acquisita, da utilizzare esclusivamente per la cura e difesa dei suoi interessi giuridici».

Un analogo espediente a tutela delle informazioni segrete¹⁹ sembra trovare ulteriore appiglio anche, come anticipato, nel novero del recente pacchetto di direttive europee sugli appalti, con particolare riferimento agli articoli 28, 21 e 39, rubricati tutti sotto «riservatezza», rispettivamente delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE che, consimilmente fra di loro, prevedono la possibilità di adozione da parte delle

stazioni appaltanti di imposizioni atte a proteggere la segretezza del *know-how* industriale o commerciale del quale si è attribuita cognizione a terzi rispetto all'operatore economico originante.

In particolare è possibile prendere a riferimento delle tre affini statuizioni quanto previsto nel menzionato articolo 21 della direttiva 2014/24/UE, sugli appalti pubblici in abrogazione della precedente direttiva 2004/18/CE, che al riguardo stabilisce come «(omissis) salvo che non sia altrimenti previsto nella presente direttiva o nella legislazione nazionale cui è soggetta l'amministrazione aggiudicatrice, in particolare la legislazione riguardante l'accesso alle informazioni, e fatti salvi gli obblighi in materia di pubblicità sugli appalti aggiudicati e gli obblighi di informazione dei candidati e degli offerenti, previsti agli articoli 50 e 55, l'amministrazione aggiudicatrice non rivela 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. (omissis) Le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre agli operatori economici condizioni intese a proteggere la natura confidenziale delle informazioni che le amministrazioni aggiudicatrici rendono disponibili durante tutta la procedura di appalto».

Sostenendo il pregio tanto delle espone intuizioni giurisprudenziali quanto delle posizioni del legislatore europeo, pare interessante quindi soffermarsi, in prima riflessione, su quali misure possano essere maggiormente idonee al fine di vincolare l'operatore economico accedente alle informazioni segrete ad una condotta rispettosa della *non-disclosure* delle stesse.

Potrebbe ad esempio prospettarsi l'inserimento, previsto mediante novella dell'attuale articolo 13 del codice dei contratti pubblici, nei provvedimenti che accolgono le istanze ostensive, di un vincolo generico di non divulgazione o utilizzazione delle informazioni segrete a cui si è ottenuto accesso, assistito da una previsione di

¹⁸ v. sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sede di Napoli, sezione sesta, 22 novembre 2011, n. 5472; sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sede di Napoli, sezione sesta, 25 marzo 2010, n. 1657; e, ancorché non vi sia specifico richiamo alla sentenza in nota, sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Latina, sezione prima, 25 gennaio 2010, n. 25.

¹⁹ Informazioni che – si ripete – in quanto *know-how* industriale o commerciale non trovano forma di tutela negli istituti della proprietà intellettuale, dovendosi quindi ricorrere a quella forma di tutela fattuale rappresentata dal segreto; forma questa comunque particolarmente labile a proteggersi per via giudiziaria una volta avvenuta la diffusione delle informazioni a beneficio di terzi operatori economici poiché trova quale propria principale egida i generali, quanto difficilmente azionabili nel caso concreto, principi di buona fede e correttezza.

carattere sanzionatorio (con importi edittali, si potrebbe ipotizzare, correlati al valore della gara) in caso di violazione dell'ordine amministrativo; ciò naturalmente oltre alla possibilità per il concorrente leso di esperire l'azione risarcitoria in sede civile, azione che sembrerebbe doversi classificare a titolo di responsabilità extracontrattuale²⁰.

Si potrebbe altresì prospettare, sulla traccia di quanto statuito nella riportata sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo n. 77/2008, un obbligo in capo all'operatore economico che accede alle informazioni segrete, sempre ipoteticamente disposto mediante la modifica del richiamato articolo 13 del codice dei contratti pubblici, di rilasciare congiuntamente alla stazione appaltante ed all'operatore economico concorrente, secondo lo schema dell'obbligo legale a contrarre, una dichiarazione generica di non divulgazione o utilizzazione delle informazioni segrete a cui si è ottenuto accesso, la cui violazione, stante il ruolo di invitato di pietra dell'amministrazione aggiudicatrice in tale ipotesi, troverebbe rimedio nella sola azione risarcitoria attivata dal concorrente leso a titolo, questa volta sembrerebbe, di responsabilità contrattuale.

In entrambe le misure ipotizzate, la prima di matrice autoritativa mentre la seconda di natura negoziale ancorché generata da una coazione pubblicistica, appaiono fattori comuni sia il verosimile onere sul piano pratico in capo all'operatore economico originante le informazioni segrete di monitorare il rispetto del vincolo di non divulgazione o utilizzazione (per quanto fattivamente difficile) e conseguentemente di eccitare-azionare l'*enforcement* autori-

tativo-privatistico nel primo scenario e di azionare quello privatistico nel secondo; sia l'opportunità di non predeterminazione del *quantum* risarcitorio, da rimettere quindi all'apprezzamento in sede giudiziaria, in ragione dell'asimmetria negoziale in cui i due operatori economici si trovano a relazionarsi e dell'inidoneità della stazione appaltante ad intervenire suppletivamente in tale rapporto (solo astrattamente) paritetico.

Che si decida di optare per una delle due misure ora prospettate o per altre eventuali consimili soluzioni, considerata la sempre maggiore rilevanza degli *intangible assets* nell'economia contemporanea, non si può in conclusione esimersi dal registrare l'ineludibile necessità di una prossima adozione nel diritto positivo di specifiche previsioni volte a rappresentare un indispensabile presidio, nell'ambito della tutela delle informazioni segrete prodotte nelle procedure di appalto, tanto della buona amministrazione pubblica quanto della concorrenza privata.

²⁰ Concorrente questo che si presume utilizzerà nel giudizio civile l'eventuale comminazione della sanzione amministrativa quale prova privilegiata.