amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2026

Estratto

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

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Valentina Maria Donini, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Beatrice Coppa, Augusto Di Cagno, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Benedetta Piazza, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Esper Tedeschi, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Diritto di difesa e protezione del know-how nei contratti pubblici: le due "anime" dell'accesso documentale al vaglio del Consiglio di Stato.

di **Emanuela Guarino**

(Dottoressa in Giurisprudenza)

Sommario

Premessa. 1. La vicenda processuale. 2. I requisiti soggettivi dell'accesso: l'interesse diretto, attuale e concreto dell'operatore economico non concorrente a presidio del mercato concorrenziale — profili di accesso cd. "difensivo. 3. I requisiti oggettivi dell'accesso: gli elementi caratterizzanti gli atti contenenti segreti tecnici e commerciali. L'onere probatorio in capo all'impresa che protegge il know-how. 4. Conclusioni: il diritto di accesso difensivo "comunque" garantito – le due anime del diritto di accesso, di cui agli artt. 22 e ss. L. 241/1990.

Abstract

Council of State judgment no. 3714/2026 clarifies the scope of defensive documentary access for non-competing operators in oligopolistic markets. The analysis outlines the strict link of instrumentality between disclosing PEF revision acts and judicial protection against selective State aid (Arts. 107 TFEU). The conflict with trade secrets protection is evaluated under recent CJEU case law and EU compatibility objections to Article 35 of Legislative Decree 36/2023.

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

Premessa.

Il contributo esamina il permetro del diritto di accesso documentale "difensivo" spettante all'operatore economico non partecipante alla gara in mercati a struttura oligopolistica, muovendo dalla sent. n. 3714/2026 del Consiglio di Stato. L'indagine si sofferma sul nesso di strumentalità necessaria tra ostensione degli atti di revisione del PEF e tutela giurisdizionale, finalizzata alla verifica di aiuti di Stato selettivi (ex artt. 107 ss. TFUE). Infine, viene approfondito il bilanciamento con il segreto tecnico-commerciale alla luce dei recenti approdi della CGUE e dei rilievi di compatibilità eurounitaria sull'art. 35 d.lgs. 36/2023.

1. La vicenda processuale.

Può un'impresa che non ha partecipato alla procedura ad evidenza pubblica vedersi riconosciuta l'ostensione degli atti modificativi della concessione conclusa con l'aggiudicatario? Il Consiglio di Stato si pronuncia con sentenza favorevole al ricorrente, operatore economico concorrente nel medesimo settore della vincitrice e istante per l'accesso agli atti convenzionali.

Il caso oggetto della sentenza n. 3714/2026, riguarda un'impresa concorrente nel medesimo settore dell'aggiudicatario della concessione che, presentata istanza di accesso agli atti istruttori prodromici[1] all'adozione del Decreto Ministeriale con cui veniva autorizzata la disposizione di un'ingente somma di denaro da una società *in house* in favore della concessionaria, si vedeva negata l'ostensione[2].

Atteso il diniego, quindi, la ricorrente adiva il Tribunale Amministrativo Regionale contro il Ministero delle Imprese e del Made in Italy per l'annullamento della nota ministeriale[3] di parziale diniego dell'istanza di accesso avente ad oggetto gli atti adottati nell'iter procedimentale prodromico alla pubblicazione del Decreto Ministeriale con cui si disponeva il pagamento della somma in favore della concessionaria. Chiedeva, altresì, l'annullamento del provvedimento tacito del Ministero con cui veniva rigettata la predetta istanza di accesso, presentata anteriormente al provvedimento espresso di diniego parziale, nonché l'accertamento e la declaratoria del diritto della ricorrente di acquisire copia degli atti indicati nell'istanza di accesso, con conseguente condanna della resistente al rilascio, ex art. 116 c.p.a.

Nel corso del rapporto concessorio, viene avviato un procedimento di revisione dei Piani Economico-Finanziari (PEF) in ragione dei costi sopravvenuti e delle mutate

[1] In particolare, i verbali delle riunioni tenutesi tra i contraenti i giorni 13.03.2024 e 14.03.2024, allegati alla nota ministeriale in entrata n. 19168 del 18.07.2024; il verbale dell'11.12.2024, allegato alla nota ministeriale in entrata n. 3375 del 15.01.2025 della riunione fra Infratel S.p.A. e Open Fiber S.p.A; la nota ministeriale n. 71876 del 17.12.2024; la nota ministeriale n. 71878 del 17.12.2024;

[2] Decreto Ministeriale del 21 gennaio 2025.

[3] Prot. n. 47060 del 7 maggio 2025.

ISSN 2036-7821

condizioni economiche, al fine di ristabilire equilibrio nel rapporto tra le parti: valutate le nuove esigenze patrimoniali, all'esito del procedimento istruttorio, veniva adottato Decreto del Ministero delle Imprese e del Made in Italy con cui veniva autorizzata l'erogazione della somma di 660 milioni di euro. Al fine di comprendere le ragioni sottese alle misure di riequilibrio del PEF — e quindi accertarsi della compatibilità degli ulteriori fondi erogati con la disciplina vigente in materia di divieto di aiuti di stato — la ricorrente presentava istanza di accesso agli atti istruttori, ai sensi degli artt. 22 e ss. della legge 241/90 e dell'art. 5, c. 2 del D. Lgs. 33/2013.

La richiesta dell'interessato riceveva solo un parziale accoglimento: in particolare, il Ministero delle Imprese e del Made in Italy rigettava l'istanza ai sensi degli artt. 22 e ss. della L. n. 241/1990, ritenendo che l'istante non fosse titolare di un interesse diretto, concreto e attuale collegato ai documenti richiesti, e accoglieva l'istanza di accesso civico cd. "generalizzato" di cui al d.lgs. n. 33/2013 limitatamente alla nota 17.12.24 prot. MIMIT in entrata 71876, con cui la concedente chiedeva al Ministero di erogare alla concessionaria l'importo di 50 milioni di euro, ai sensi dell'art. 8, c. 1 ter D.L. n. 155/2024, alle note 17 (prot. in uscita n. 71878) e 18.12 (prot. n. 72487) con cui il Ministero delle Imprese e del Made in Italy chiedeva al Ministero dell'Economia e delle Finanze una anticipazione dell'importo di 50 milioni ai sensi dell'art. 20 comma 30 L. n. 213/23, alla nota 10.1.25 (prot. MEF-RGS n. 9135) con cui la Ragioneria Generale dello Stato comunicava che con D.M. 19.12.24 n. 260505 veniva disposta una variazione di bilancio in attuazione del provvedimento legislativo richiamato e al D.M. 19.12.2024 n. 260505. Di contro, veniva negata l'ostensione dei verbali delle riunioni tra concedente e concessionario, dei pareri resi dal N.A.R.S. – Nucleo di consulenza per l'Attuazione delle linee guida per la Regolazione dei Servizi di pubblica utilità – e delle decisioni del C.C.T. – Collegio Consultivo Tecnico – a cui le parti avevano devoluto la valutazione delle questioni relative alla determinazione del prezzo e all'incremento del costo dei materiali. Il diniego dei primi veniva motivato in ragione della carenza di interesse diretto, attuale e concreto dell'istante collegato ai documenti richiesti; relativamente agli atti resi dal N.A.R.S. e dal C.C.T., invece, il rigetto veniva giustificato in ragione della qualificazione giuridica di pareri legali per la risoluzione delle controversie relative al rapporto concessorio: l'Amministrazione, quindi, richiamava l'art. 35, c. 4, lettere a) e b) del D. Lgs. 36/2023 in materia di limiti del diritto di accesso agli atti dai quali emerga una *discovery* dei segreti tecnico-commerciali delle parti contraenti. Avverso tale diniego, l'istante agiva contro il Ministero delle Imprese e del Made In Italy: il TAR Lazio accoglieva preliminarmente il ricorso, ritenendo sussistente l'interesse attuale, concreto e diretto della ricorrente, operatore economico direttamente attivo nel medesimo mercato di riferimento. In particolare, secondo il Collegio la posizione della ricorrente integrava pienamente i requisiti di concretezza e attualità richiesti dall'art. 22 della legge n. 241 del 1990, in quanto l'esigenza conoscitiva era funzionale a verificare che l'intervento di revisione dei piani non si

ISSN 2036-7821

fosse tradotto, seppur indirettamente, nell'attribuzione di un vantaggio economico selettivo suscettibile di integrare un aiuto di Stato, in contrasto con la disciplina eurounitaria di cui agli artt. 107 e seguenti del TFUE.
La pronuncia del Collegio capitolino veniva poi appellata innanzi al Consiglio di Stato dall'operatore economico soccombente che adduce l'*error in iudicando*, nonché violazione e falsa applicazione degli artt. 22 e ss. della L. 241/1990 e 53 del D. Lgs. 50/2016 per la parte in cui, nella sentenza emessa dai giudici di prima istanza, si riconosceva il diritto di accesso documentale dell'appellato che, difettando della qualifica di concorrente, non poteva essere considerato portatore di un interesse giuridico qualificato. Adduceva, poi, l'*error in iudicando* del provvedimento impugnato per aver ritenuto sussistente l'interesse conoscitivo del ricorrente, senza preventivamente preordinarlo all'accertamento circa l'assolvimento dell'obbligo di cd. "motivazione rafforzata" in capo al non concorrente. Con un terzo motivo, eccepiva la violazione e la falsa applicazione dell'art. 53, c. 5, lett. a) del d. Lgs. N. 50/2016, censurando la sentenza appellata per il mancato riconoscimento delle limitazioni all'accesso dei documenti contenenti segreti tecnici o commerciali, specificando che, non avendo partecipato l'appellato alla gara, non potesse ritenersi prevalente il principio di trasparenza rispetto a quello di riservatezza. Con un ultimo quarto motivo, censurava il provvedimento impugnato per violazione e falsa applicazione dell'art. 53, co. 5, lett. b) del D. Lgs. N. 50/2016, sostenendo che i pareri del N.A.R.S e del C.C.T. non fossero qualificabili come atti inerenti all'istruttoria endoprecedimentale ma attinenti alla fase esecutiva del rapporto contrattuale tra concedente e concessionario e quindi relativi a questioni tanto tecniche, quanto giuridiche da cui i contraenti sarebbero direttamente interessati.
Il Ministero delle Imprese e del Made in Italy impugnava la medesima sentenza, aderendo alle motivazioni avanzate dall'aggiudicatario: ritenuti trattabili congiuntamente, gli appelli venivano quindi riuniti, in applicazione dell'art. 96 c.p.a.
Il Collegio, precisando preliminarmente che, in ragione della mancata proposizione da parte dell'appellata della doglianza relativa all'accesso civico cd. "generalizzato", avanzata in primo grado e assorbita dal Giudice di prima istanza, circoscriveva il *thema decidendum* alla trattazione dell'istanza di accesso di cui all'art. 22 L. 241/1990 e rigettava entrambi gli appelli.
La pronuncia in esame si inserisce nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale relativo alla modulabilità del diritto di accesso documentale nella fase esecutiva dei contratti pubblici, offrendo una ricostruzione sistematica che lega la legittimazione partecipativa alla tutela della concorrenza in mercati a struttura complessa.

2. I requisiti soggettivi dell'accesso: l'interesse diretto, attuale e concreto dell'operatore economico non concorrente a presidio del mercato concorrenziale — profili di accesso cd. "difensivo".

ISSN 2036-7821

Nel suffragare la sussistenza dell'interesse all'accesso agli atti richiesti in capo all'operatore economico non partecipante alla procedura evidenziale, il Supremo Consesso amministrativo delinea un'argomentazione giuridica che trascende il perimetro atomistico della singola gara. Il Collegio, infatti, svincola la titolarità dell'interesse ostensivo dell'appellata dalla formale partecipazione alla gara, valorizzando, di contro, una prospettiva di analisi squisitamente macroeconomica. Preliminarmente, la qualifica di concessionario in capo all'appellante viene ritenuta non dirimente ai fini del decidere; l'attenzione del Collegio, infatti, si sposta sulla natura oligopolistica del mercato di riferimento, la cui conformazione strutturale — caratterizzata dalla presenza di pochissimi operatori economici — è di per sé idonea a corroborare e intensificare l'interesse qualificato all'accertamento circa la potenziale ricezione, da parte della *competitor*, di aiuti di Stato contrari al diritto eurounitario. Alla luce di ciò, precisa il Consiglio di Stato, l'istanza di accesso documentale esperita dall'operatore non concorrente si rivela pienamente rispondente alla *ratio* sottesa all'istituto di cui all'art. 24, comma 7, L. 241/1990, per effetto dell'art. 53, comma 3, del D. Lgs. n. 50/2016 che, *ratione temporis*, trova applicazione al caso *de quo*.

Il Giudice, in particolare, cita testualmente il rinvio normativo, secondo cui, *"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 dagli artt. 22 e ss della Legge 7 agosto 1990, n. 241"*. Il Collegio, muovendo dall'esegesi dell'art. 22 della l. n. 241/1990, riconosce in capo all'operatore economico non concorrente un interesse diretto, concreto e attuale che trascende la mera aspirazione alla regolarità dell'azione amministrativa[4], radicandosi piuttosto nella necessità di monitorare che il riequilibrio del Piano Economico-Finanziario (PEF) non divenga lo strumento per l'attribuzione di vantaggi economici selettivi, potenzialmente elusivi del divieto di aiuti di Stato di cui agli artt. 107 e ss. TFUE. Tale posizione di vantaggio non è configurata come un controllo ispettivo generalizzato, bensì come una prerogativa specifica e qualificata, strettamente correlata alla morfologia marcatamente oligopolistica del settore delle infrastrutture digitali, dove l'elevata densità di barriere all'ingresso e l'ingente fabbisogno di capitale rendono ogni alterazione del sinallagma contrattuale di un operatore un evento idoneo a riverberarsi immediatamente sulla posizione competitiva del *competitor*, modificando *ex post* l'assetto concorrenziale cristallizzato all'esito della gara. Sussistono, pertanto, i presupposti di cui all'art. 22 della legge n. 241/1990[5] in ordine alle ragioni sussunte all'istanza presentata dall'operatore economico, titolare e portatore di una posizione giuridica soggettiva tutelata, non meramente ipotetica o astratta, ma sussumibile

[4] E. FURIOSI, L'accesso civico "generalizzato" alla luce delle Linee Guida Anac, *Giustamm.it*, n. 4, pag. 12, 2017

[5] Il testo previgente distingueva tra visione e rilascio di copia del documento, ma attualmente, in forza dell'entrata in vigore della L. 15/2005, si ritiene superato il discrimine tra le modalità di accesso contemplate, come cristallizzato anche dal Cons. Stato, sez. VI, n. 6393/2009.

ISSN 2036-7821

nell'esigenza di garantire che sostegni economici significativi non alterino gli equilibri di mercato, favorendo in modo selettivo alcuni operatori[6]. Il Consiglio di Stato, in particolare, specifica che le ragioni sottese all'interesse concreto, attuale e astratto dell'appellata trovano la propria fonte nella natura difensiva dell'accesso *de quo*. L'operatore economico non concorrente, infatti, motivava in ordine alla "possibile attivazione di strumenti a tutela dei suoi diritti", essendosi già concretamente attivata trasmettendo una segnalazione alla Commissione europea al fine di valutare la compatibilità della revisione con la disciplina eurounitaria a tutela della concorrenza nel mercato.

L'accesso difensivo costituisce una *"fattispecie ostensiva autonoma[7]"* che, da un lato, ha una forza tale da superare i normali limiti di segretezza degli atti amministrativi; dall'altro, impone al richiedente un onere probatorio rigoroso, dovendo dimostrare che la conoscenza del documento è necessaria o, nel caso di dati sensibili o giudiziari, strettamente indispensabile. Di conseguenza, la richiesta di accesso deve essere valutata in anticipo secondo un criterio di pertinenza: occorre cioè verificare se quel documento sia lo strumento idoneo a ottenere le prove dei fatti (principali o secondari) su cui si fonda la situazione giuridica contestata e le relative azioni che si intendono avviare in giudizio[8]. Tuttavia, il potere dell'Amministrazione di valutare l'idoneità dei documenti rispetto alle esigenze di difesa non è privo di limiti. Sul punto, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha chiarito i confini applicativi dell'accesso difensivo ai sensi dell'art. 24, comma 7, della legge n. 241/1990, delineando, da un lato, l'onere probatorio dell'istante, dall'altro, i poteri di verifica della P.A[9]. Sotto il primo profilo, l'istanza non può limitarsi a un generico richiamo a esigenze probatorie o difensive, sia che si riferisca a un giudizio pendente, sia a un'azione ancora da instaurare: l'ostensione del documento richiede un esame rigoroso del nesso di strumentalità necessaria[10] tra la documentazione richiesta e la situazione giuridica che si intende tutelare. Sotto il secondo profilo, l'Amministrazione detentrice e il giudice amministrativo (adito ex art. 116 c.p.a.) non devono compiere alcuna valutazione preventiva sull'ammissibilità, la rilevanza o la decisività del documento nell'eventuale giudizio di merito. Questo tipo di apprezzamento spetta esclusivamente al giudice investito della controversia principale. Il diniego di accesso è legittimo solo in caso di evidente e totale mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive, ipotesi in cui l'istanza si configura come un esercizio pretestuoso del diritto per radicale assenza dei presupposti di legge. La cristallizzazione della prevalenza del

[6] G. PASSARELLI DI NAPOLI, Il diritto di accesso nelle gare di appalto, in Lezioni di diritto dei contratti pubblici, a cura di M. R. SPASIANO , M. CALABRO', Editoriale Scientifica, pag. 163, 2026.

[7] C. TONOLA, *L'accesso c.d. difensivo: i requisiti e le condizioni di esercizio*, *njus.it*, 2021.

[8] E. MAZZOLENI,, *Il nuovo diritto di accesso agli atti nelle pubbliche amministrazioni*, n.d.

[9] Consiglio di Stato, sentenza n. 2655, 11 aprile 2022.

[10] M. CASELLA, *Accesso difensivo e nesso di strumentalità*, *njus.it*, 2022.

ISSN 2036-7821

diritto di accesso difensivo sulla riservatezza aziendale è stata riconosciuta anche dal legislatore del 2023 il quale, aderendo agli arresti della Giurisprudenza del Consiglio di Stato sul tema, con l'art. 35, comma 5, del d.lgs. n. 36/2023, delimita i confini tra la tutela del *know-how* commerciale e le garanzie processuali del concorrente, riconoscendo la supremazia delle seconde sulla prima. Prevedendo che l'ostensione dei segreti tecnici o commerciali debba essere accordata qualora risulti strumentale alla difesa in giudizio in relazione alla procedura di affidamento, il legislatore della riforma ha inteso predeterminare a monte l'esito del conflitto di interessi, precludendo all'amministrazione di operare un giudizio di bilanciamento tra il diritto di accesso e la tutela della riservatezza aziendale, attesa l'indispensabilità degli atti richiesti ai fini dell'esercizio del diritto di difesa[11]. La dottrina maggioritaria[12] ravvisa nell'espressione imperativa «è consentito» l'azzeramento di ogni discrezionalità in capo alla stazione appaltante, alla quale viene sottratto il potere di operare un autonomo bilanciamento *in concreto* tra i valori contrapposti. A tale impostazione si allineano i recenti arresti del Consiglio di Stato[13], costanti nell'affermare che, una volta acclarata la strumentalità della documentazione richiesta rispetto alle esigenze difensive, all'amministrazione non sia demandata alcuna valutazione prognostica o ultronea sulla concreta influenza o sulla decisività del documento nell'eventuale giudizio. Il tratto di più marcata specificità dell'istituto emerge dal raffronto con la disciplina generale dell'accesso documentale di cui all'art. 24 della legge n. 241/1990, dal quale si ricava una sensibile asimmetria circa il rigore dei presupposti legittimanti. Mentre la legge sul procedimento si assesta su un regime meno restrittivo, reputando sufficiente la sussistenza di una mera "necessità" conoscitiva per la cura degli interessi giuridici dell'istante, la disciplina speciale dei contratti pubblici eleva la soglia di "necessarietà" richiedendo il più stringente requisito dell'*indispensabilità* della documentazione segretata. Ne consegue che, sebbene il legislatore del 2023 abbia sottratto alla stazione appaltante ogni margine di apprezzamento discrezionale sul bilanciamento degli interessi, l'onere deduttivo gravante sul concorrente risulta significativamente appesantito rispetto alla disciplina di diritto comune: l'accesso difensivo nel settore degli appalti non si accontenta di una generica utilità della documentazione ai fini della lite, ma esige la dimostrazione di una stretta e insostituibile strumentalità dell'atto. Nel caso di specie, come rilevato dal Consiglio di Stato valorizzando le motivazioni addotte dall'appellata a supporto dell'istanza ostensiva, l'operatore economico non concorrente ha già attivato un canale di tutela mediante segnalazione alla Commissione Europea. Ne deriva la potenziale facoltà di agire in sede giurisdizionale avverso l'eventuale provvedimento di archiviazione o di esito

[11] G. PASSARELLA DI NAPOLI, *Il diritto di accesso nelle gare di appalto*, in *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, M. CALBARO', M. R. SPASIANO (A cura di) Editoriale Scientifica, 2023, pag. 175 e ss.

[12] V. MIRRA, *Nota a Cons. Stato, ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10, Il Foro Italiano,* pag. 3, 2020; (7-8): 411-413.

[13] cfr. Cons. Stato, Sez. III, n. 6750 del 1° agosto 2022.

ISSN 2036-7821

sfavorevole del procedimento europeo[14]. In particolare, specifica il Consiglio, nel peculiare settore degli aiuti di Stato, la legittimazione a impugnare le decisioni della Commissione — in quanto soggetti individualmente interessati — spetta alle imprese concorrenti del beneficiario che abbiano assunto un ruolo attivo nella fase istruttoria. Tale prerogativa resta tuttavia subordinata alla condizione che la misura agevolativa oggetto del giudizio arrechi un pregiudizio concreto e sostanziale alla loro posizione di mercato. Quindi, conclude che, anche soltanto l'astratta esistenza di rimedi, amministrativi e giurisdizionali, di cui l'istante potrebbe avvalersi, se del caso, o di cui si è concretamente avvalsa, come nel caso di specie, dimostrano l'esistenza di un interesse diretto, concreto e attuale alla conoscenza dei documenti di cui domanda l'ostensione.

3. I requisiti oggettivi dell'accesso: gli elementi caratterizzanti gli atti contenenti segreti tecnici e commerciali. L'onere probatorio in capo all'impresa che protegge il know-how.

In ordine al tema della tutela dei segreti tecnico commerciali e, in particolare, al rapporto degli stessi con il diritto di accesso documentale, il Collegio offre un'interessante riflessione che si pone in perfetta aderenza con il costante orientamento giurisprudenziale. In particolare, il Consiglio di Stato pone l'accento sull'onere probatorio a carico dell'impresa che invochi la tutela del *know-how* aziendale e precisa che la qualificazione di un'informazione quale segreto tecnico o commerciale richiede un'attività di perimetrazione rigorosa, per la quale alla parte controinteressata non è solo richiesto di isolare le singole componenti documentali sottratte alla *disclosure*[15], ma anche di fornire un'allegazione circostanziata circa l'attualità e la sensibilità del dato in relazione alla propria posizione competitiva sul mercato. Tale onere probatorio si sostanzia nella necessità di provare che l'idea o l'informazione strategica di cui si invoca la protezione siano suscettibili di applicazioni future idonee a generare un vantaggio concorrenziale concreto, a discapito dell'impresa che ha operato la *discovery*[16]. Alla luce del nuovo *asset* normativo improntato dal legislatore con il D. Lgs. 36/2023, la nozione di *know-how* si identifica in quell'insieme di cognizioni, esperienze e prassi operative che garantiscono all'impresa un differenziale competitivo e un'aspettativa di marginalità superiore[17].

Nel caso di specie, la tutela di tale patrimonio economico-conoscitivo, dunque, cede il passo all'esigenza di trasparenza della procedura di gara qualora manchino elementi

[14]Corte di Giustizia, 28 gennaio 1986, 169/84, *Cofaz*; 23 maggio 2000, causa C106/98 P, *Comitè d'entreprise de la Société française de production e a*/Commissione, punto 39; Tribunale, 21 ottobre 2004, T-36/99, *Lenzing*/Commissione).

[15] TAR Lazio, I quater, 26 febbraio 2024, n. 3811.

[16] Consiglio di Stato, sez. V, 18.12.2025, n. 10036.

[17] Accesso agli atti: definizione di *knowhow* e di segreti tecnici commerciali ai fini oscuramento (art. 35 D. Lgs. 36/2023), *Sentenzeappalti.it.*

ISSN 2036-7821

probatori idonei a dimostrare il nesso di causalità tra la divulgazione del dato e il pregiudizio effettivo alla capacità competitiva dell'impresa, riaffermando così la natura eccezionale delle deroghe al diritto di accesso, specie laddove l'ostensione sia strumentale alla verifica della parità di trattamento tra operatori economici[18]. Tuttavia, la prevalenza riconosciuta nel caso *de quo* non deve suggerire l'operatività di un rigoroso automatismo sul tema, al contrario, la giurisprudenza del Consiglio di Stato, nel solco tracciato dalla Corte di Giustizia UE, ha elevato la protezione del segreto commerciale a rango di principio generale, ricollegandosi al diritto fondamentale alla riservatezza di cui all'art. 7 della Carta di Nizza[19]. Proprio sulla scorta dell'inquadramento assiologico del Consiglio di Stato in materia di tutela del know-how, emerge chiaramente che l'orientamento non è quello di tradurre l'accesso documentale in una prerogativa incondizionata, dovendo necessariamente coordinarsi con l'esigenza di preservare il patrimonio immateriale dell'operatore economico controinteressato. Tuttavia, sottolinea la Giurisprudenza maggioritaria, affinché tale tutela trovi concreta applicazione, la segretezza deve assumere un carattere oggettivo e non meramente declamatorio: non è sufficiente, infatti, che l'impresa invochi un generico timore di divulgazione del proprio patrimonio informativo, essendo invece onere della stessa individuare con precisione tecnica l'oggetto e la funzione della competenza o della metodologia che intende secretare[20]. Questo perché, partecipando a una procedura di evidenza pubblica, l'operatore accetta implicitamente un regime di trasparenza attenuata, sicché la privativa può riguardare esclusivamente quegli elementi dell'offerta che, svelando la struttura produttiva e l'originalità del modello imprenditoriale, procurerebbero un vantaggio competitivo indebito al concorrente. Il punto nevralgico di questo bilanciamento è oggi cristallizzato nell'art. 35 del d.lgs. n. 36/2023, la cui esegesi esclude qualsivoglia gerarchia precostituita che imponga un'automatica prevalenza dell'accesso difensivo sulla riservatezza aziendale che resta subordinata a un rigoroso vaglio di stretta strumentalità e indispensabilità rispetto alla difesa in giudizio[21]. Se da un lato la trasparenza è presidio di legalità dell'azione amministrativa, dall'altro la protezione del segreto industriale è baluardo della sopravvivenza stessa dell'impresa sul mercato: l'interprete è chiamato ad una valutazione caso per caso che salvaguardi l'effettività della tutela giurisdizionale senza però compromettere l'integrità del *know-how*[22] della concorrente. Si ritiene parimenti opportuno evidenziare che tale arresto interpretativo

[18] A. VITIRITTI, *Evidenza pubblica e accesso difensivo tra Codice dei contratti pubblici e disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza,* Il diritto dell'economia, issn 1123-3036, anno 71, n. 116 (1 2025), pp. 275-310.

[19] Corte di Giustizia UE, grande sezione, 7 settembre 2021, C-927/19.

[20] Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 18 marzo 2021, n. 4.

[21] Cfr. Cons. Stato, IV, 4 giugno 2025, n. 4857.

[22] Cfr. Nozione di segreti tecnici o commerciali desumibile dall'art. 98 d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, in attuazione dell'articolo. 2, n. 1 direttiva n. 2016/943/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2016.

non è stato costante nel tempo, al contrario, rappresenta il risultato di un recente rinvio pregiudiziale innanzi al Giudice Unionale. In particolare, l'ordinanza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 10 giugno 2025[23], scaturita dal rinvio pregiudiziale operato dal Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 8278/2024 chiarisce la compatibilità dell'art. 39 della direttiva 2014/25/UE[24] con la disciplina nazionale che impone l'esibizione di segreti tecnici o commerciali sulla base della mera preordinazione dell'accesso alla tutela giurisdizionale, in assenza di un adeguato giudizio di bilanciamento in ordine alla prevalenza dell'uno o dell'altro in relazione al caso di specie. La Corte di Lussemburgo ha chiarito che il combinato disposto delle norme europee osta a una normativa nazionale che sancisca un obbligo di *discovery* basato esclusivamente sul parametro della necessità difensiva, allorquando tale meccanismo privi le stazioni appaltanti del potere-dovere di operare un bilanciamento caso per caso tra l'effettività della tutela giurisdizionale e l'esigenza di protezione del patrimonio informativo dell'offerente. In questa occasione, la Corte chiarisce che il principio di trasparenza che deve orientare l'intera procedura di gara, non ha carattere assoluto, al contrario, rappresenta una variabile dipendente da un giudizio di proporzionalità volto a evitare che l'esercizio del diritto di azione si risolva in un ingiustificato pregiudizio per la competitività delle imprese e per il principio di concorrenza leale. Tale orientamento ha trovato un'eco immediata sul piano dei rapporti istituzionali con la Commissione Europea, la quale, nell'ambito della procedura di infrazione[25], ha censurato l'attuale formulazione dell'art. 35 del d.lgs. n. 36/2023, anche alla luce delle recenti modifiche apportate dal d.lgs. n. 209/2024. Con la lettera di costituzione in mora dell'8 ottobre 2025[26], l'Esecutivo europeo ha rilevato come la clausola di "indispensabilità" prevista dal comma 5 del richiamato articolo non sia sufficiente a garantire il rispetto dell'art. 21 della direttiva 2014/24/UE[27]. La Commissione contesta, in particolare, la persistenza di un regime che stabilisce una prevalenza automatica e generalizzata dell'accesso difensivo, eludendo l'obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di non rivelare informazioni considerate riservate, salvo i casi espressamente e tassativamente bilanciati a livello europeo. Il messaggio del monito mosso da Lussemburgo è chiaro: il legislatore nazionale non può legittimamente prefigurare una gerarchia rigida che sacrifichi aprioristicamente la riservatezza industriale sull'altare della tutela giurisdizionale.

4. Conclusioni: il diritto di accesso difensivo "comunque" garantito – le due anime del

[23] Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, C-686/2024.
[24] Analogamente agli artt. 21 della direttiva 2014/24/UE e 28 della direttiva 2014/23/UE.
[25] INFR(2018)2273.
[26] rif. SG(2019) D/1357, SG(2019)/17429.
[27] Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (GU L 94 del 28.3.2014).

ISSN 2036-7821

diritto di accesso, di cui agli artt. 22 e ss. L. 241/1990.

Respingendo gli appelli, il Collegio risolve il bilanciamento tra i due interessi contrapposti, il diritto di accesso per ragioni "difensive" e la tutela del *know-how* aziendale, alla luce del nesso di strumentalità necessaria tra le esigenze dell'istante e i documenti non ostesi.

Il Supremo Consesso valorizza la portata precettiva della clausola di salvaguardia contenuta nell'art. 24, comma 7, della l. n. 241/1990, laddove si prevede che debba «comunque» essere garantito l'accesso ai documenti amministrativi necessari alla cura o alla difesa degli interessi giuridici del richiedente. L'utilizzo dell'avverbio risponde a una precisa scelta dogmatica del legislatore, tesa a evitare l'appiattimento dell'istituto ostensivo sulla sola dimensione endoprocedimentale o sulla finalità di controllo diffuso dell'azione amministrativa.

La disciplina generale, chiarisce il Consiglio, si articola in due *"anime"* distinte ma coesistenti: l'accesso partecipativo, legato ai canoni di imparzialità e trasparenza, e l'accesso cd. "difensivo", che opera in regime di autonomia rispetto alla partecipazione procedimentale, configurandosi come rimedio preordinato alla tutela giurisdizionale dell'interessato.

Alla seconda delle due "anime", spiega il Consiglio, va riconosciuta indipendenza dogmatica in quanto l'affrancamento dell'accesso difensivo dalla dinamica partecipativa ne consacra la sottrazione alle rigidità e alle preclusioni della fase interna al procedimento e impedisce che un valore di rango primario come l'esercizio del diritto di difesa possa essere sacrificato in favore della tutela del segreto commerciale, confermando che l'unico limite all'ostensione risiede nella verifica rigorosa del nesso strumentale.

La tutela del *know-how* commerciale, pur costituzionalmente protetta quale espressione della libertà di iniziativa economica, recede necessariamente dinanzi alla necessità di garantire la pienezza della tutela giurisdizionale, la quale non può essere subordinata a limiti procedimentali o a valutazioni amministrative sulla convenienza della strategia processuale della parte[28].

Nel caso di specie, la pendenza del procedimento eurounitario e l'attivazione dei relativi rimedi di tutela da parte dell'operatore economico escludono la natura meramente esplorativa dell'istanza; al contrario, qualificano la posizione soggettiva dell'istante quale interesse diretto, concreto e attuale, saldando il nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e le difese relative alle segnalazioni già incardinate dinanzi alla Commissione Europea.

In tal senso, si ritiene condivisibile l'orientamento della VI Sezione che àncora la fondatezza dell'istanza formulata dal ricorrente alla sussistenza di un procedimento

[28] S. TRANQUILLI, *Il segreto in giudizio, contributo allo studio del rapporto tra diritto di difesa e tutela della segretezza nel processo amministrativo*, Editoriale Scientifica, 2023, pag 155 e ss.

di natura sanzionatoria già formalmente incardinato in sede sovranazionale il cui esito, qualora sfavorevole per l'istante, può essere comunque da lui impugnato, ove l'atto lo riguardi *direttamente* ed *individualmente*[29], come nel caso in esame. Relativamente alla perimetrazione del *know-how* aziendale, si annota con altrettanto favore la posizione del Collegio in ordine al bilanciamento tra la tutela segreti tecnici e l'accesso "defensionale", in perfetta aderenza con i precedenti arresti giurisprudenziali sul tema. Nel caso *de quo,* infatti, l'Amministrazione destinataria delle istanze di accesso non ha puntualmente motivato in ordine alle informazioni "secretate", né ha specificamente individuato diverse ragioni in base alle quali i documenti debbano considerarsi sottratti all'accesso.

Dunque, se in chiave difensiva spetta al privato dimostrare il nesso di stretta necessità tra il documento richiesto e la tutela giurisdizionale — così da qualificare il proprio interesse come diretto, concreto e attuale — sul versante opposto l'Amministrazione ha l'onere di provare il pregiudizio effettivo che la diffusione del *know-how* arrecherebbe alle strategie aziendali del terzo. Il confronto tra un interesse difensivo puntualmente allegato e una totale carenza di prova sulle ragioni di segretezza conduce linearmente all'accoglimento dell'istanza, confermando la piena condivisibilità dell'orientamento espresso dal Collegio.

[29] cfr. Art. 263, par. 4, TFUE.

ISSN 2036-7821