



Associazione Avvocati Amministrativisti del Piemonte
Convegno – 11 novembre 2022

Diritto di accesso nelle gare d'appalto

Avv. Andrea Cermele

Inquadramento generale

- ❑ Accesso agli atti nel settore dei contratti pubblici è regolato da una disciplina specifica **art. 53 del D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (Codice dei Contratti pubblici)** affiancata e integrata dalla disciplina generale **art. 22 e ss. L. 7 agosto 1990 n. 241** e dal suo **Regolamento D.P.R. 12 aprile 2006 n. 184**.
- ❑ **Ad. Plen. Cons. Stato n. 10/2020** ha esteso a tale ambito anche «**accesso civico generalizzato**» (**art. 5 del D.Lgs. n. 33/2013**)
- ❑ «**autonomo diritto all'informazione**» che si esplica attraverso accesso documentale a garanzia dell'imparzialità e trasparenza della P.A. nelle procedure competitive

I presupposti per l'accesso: la legittimazione attiva /l'interesse

- ❑ **Art. 53 del Codice:** il «concorrente» che ha...
- ❑ **Art. 22 L.241/1990:**«interesse diretto, concreto e attuale»;

- ❑ **Nella giurisprudenza amministrativa** troviamo anche una definizione ampia: operatore economico del settore che ha un interesse diretto, concreto e attuale ad acquisire la documentazione richiesta (T.A.R. Milano, sez. I, 07 marzo 2022, n.543; T.A.R. Venezia, sez. II, 21 giugno 2022, n.1065, Consiglio di Stato sez. V, 22 luglio 2022, n.6448);

- ❑ **Art. 5 del D.Lgs. n. 33/2013 (sostituito dall'art. 6 D.Lgs. n. 97/2016)** su «accesso civico semplice e generalizzato»: chiunque sia interessato» (non sottoposto ad alcuna limitazione soggettiva)

- ❑ **La legittimazione del concorrente all'accesso non è assoluta va comunque valutata in relazione:**
 - alla tipologia di documenti oggetto di accesso;**
 - alle motivazioni sottese alla richiesta**

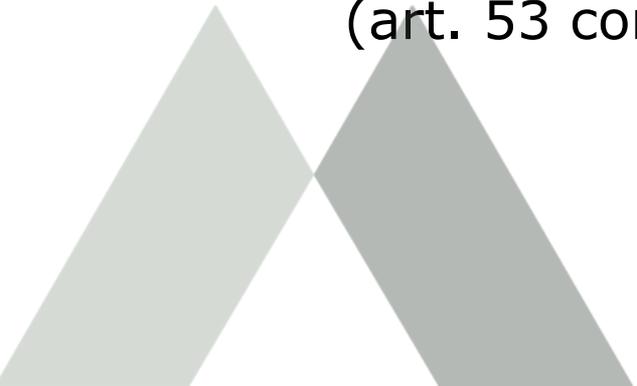
Le categorie di documenti oggetto di accesso

- ❑ **Atti formati dalla Stazione Appaltante** (es. verbali di gara, composizione della commissione, curricula dei commissari, delibera di aggiudicazione): accesso libero senza limitazioni e obbligo di pubblicazione on-line nella sezione «Amministrazione Trasparente» della Stazione Appaltante (D.Lgs 33/2013)
- ❑ **Atti di provenienza privata** (es. dichiarazioni sostitutive, certificazioni, offerte tecniche ed economiche, giustificativi presentati in sede di verifica dell'anomalia) contemperamento tra interessi contrapposti: «diritto di accesso» e «diritto alla segretezza/riservatezza/tutela della concorrenza»

Tipologie di risposta alla istanza di accesso

- ❑ **accesso immediato**
(art. 76 comma 2 del Codice)

 - ❑ **accesso differito**
(art. 53 comma 2 del Codice)

 - ❑ **accesso negato o escluso**
(art. 53 comma 5 del Codice)
- 
- A decorative graphic in the bottom-left corner consisting of two overlapping triangles, one light green and one dark green, mirroring the logo's design.

Tipologie di risposta alla istanza di accesso **Accesso immediato entro 15 giorni dalla** **richiesta (art. 76 comma 2 del Codice)**

Ulteriori considerazioni sul termine:

- ❖ detto termine è stato esteso dalla giurisprudenza amministrativa anche nei confronti dei concorrenti al fine di evitare dilazioni di tempo nelle istanze di accesso e nella proposizione di ricorsi
- ❖ laddove non rispettato dai concorrenti, il numero di giorni di ritardo viene decurtato dal termine decadenziale per proporre ricorso (30 giorni: dalla comunicazione, pubblicazione o piena conoscenza del provvedimento)

Tipologie di risposta alla istanza di accesso

Accesso differito (art. 53 comma 2 del Codice)



- elenco soggetti che hanno presentato domanda oppure offerta** = fino alla scadenza dell'offerta
- offerte dei concorrenti** = fino all'aggiudicazione
- procedimento verifica anomalia** = fino all'aggiudicazione

Accesso negato o escluso
(art. 53, comma 5, D.Lgs. 50/2016)



- ❑ **Sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione:**
- a) 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**;
 - a) ai **pareri legali** acquisiti dalla stazione appaltante, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;
 - a) alle **relazioni riservate** del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto;
 - a) alle **soluzioni tecniche** e ai **programmi per elaboratore** utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le **aste elettroniche**, ove coperti da diritti di privativa intellettuale

Osserviamo più da vicino i «segreti tecnici o commerciali» di cui all'art. 53, comma 5, lett. a)

Ratio della norma

- ❑ La norma ha l'intento di assicurare la corretta competizione tra imprese ed **evitare un uso emulativo del diritto di accesso** da parte di concorrenti che potrebbero formalizzare l'istanza al solo scopo di giovare di specifiche conoscenze industriali o commerciali acquisite e detenute da altri.
- ❑ **Tutela della segretezza nelle procedure competitive:** 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 (T.A.R. Roma, sez. II, 25 marzo 2022, n.3394; n.5714; Cons. Stato, Sez. V, 7 gennaio 2020 n. 64).

Documenti o atti che potrebbero contenere «segreti tecnici o commerciali»

- NO documentazione amministrativa
 - SI offerta tecnica
 - SI offerta economica con riguardo ai giustificativi del prezzo
- 
- A decorative graphic in the bottom-left corner consisting of two overlapping triangles, one light grey and one dark grey, pointing upwards.

Accesso difensivo

(art. 53, comma 6, D.Lgs. 50/2016)

- ❑ **In relazione alle ipotesi di cui al comma 5, lettera a) del d.lgs 50/2016** è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto

- ❑ **L'art. 53 comma 6 del d.lgs. 50/2016** contiene una deroga al divieto di accesso alle informazioni contenute nell'offerta tecnica e nei giustificativi, che integrano segreti tecnici o commerciali, qualora l'istanza sia presentata in vista della difesa in giudizio dei propri interessi (T.A.R. Roma sez. IV, 06 maggio 2022, n.5714)

Diritto alla riservatezza vs Diritto alla difesa



Al fine di esercitare il diritto di accesso riguardo a informazioni contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali è essenziale dimostrare...la concreta necessità di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio da declinare in termini di «**stretta indispensabilità**» (T.A.R. Milano, sez. I, 07 marzo 2022, n.543; Consiglio di Stato, sez. III, 16 febbraio 2021, n.1437; Tar Lombardia, sez. I, 22 giugno 2021, n. 1526)

Onere della motivazione grava sul soggetto istante

Operativamente parlando....

- ❑ Istanza di accesso agli atti: analitica e motivata
- ❑ Opposizione all'accesso agli atti da parte dell'impresa titolare della documentazione
- ❑ Il carattere di segretezza delle informazioni deve risultare da motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente: dichiarazione analitica e che consenta di "oscurare" mediante "omissis" le sole parti dell'offerta (o delle giustificazioni) aventi carattere di segretezza (principio: non è ammessa una opposizione ovvero oscurazione integrale dell'offerta)
- ❑ L'opposizione dell'impresa controinteressata resta soggetta alla valutazione della stazione appaltante, in ordine alla validità e pertinenza: la stazione appaltante non può recepire acriticamente una generica opposizione all'accesso

**COSA SI INTENDE PER «SEGRETO TECNICO O
COMMERCIALE»?**

**LE DIVERSE POSIZIONI
DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO E DEL GIUDICE CIVILE**



GIUDICE AMMINISTRATIVO

riferimento al concetto di «**know-how aziendale**» in senso **ampio**, inteso come «**l'insieme delle capacità tecnico-industriali e gestionali dell'azienda**» c.d. «**saper fare dell'azienda**» (TAR Lazio, Sez. II ter, 15 aprile 2021 n. 4442; T.A.R. Lazio, Sez. II, 23 febbraio 2021, n. 2194) o **un generico riferimento alle parti dell'offerta tecnica caratterizzata da regime di segretezza di cui all'art. 98 del d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30** (Codice della Proprietà Industriale) (TAR Basilicata, Sez. I, 4 aprile 2017, n. 276)



GIUDICE CIVILE

Art. 98 Codice della Proprietà Industriale

«1. **Costituiscono oggetto di tutela i segreti commerciali.** Per segreti commerciali si intendono 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.**

2. Costituiscono altresì oggetto di protezione i dati relativi a prove o altri dati segreti, la cui elaborazione comporti un considerevole impegno ed alla cui presentazione sia subordinata l'autorizzazione dell'immissione in commercio di prodotti chimici, farmaceutici o agricoli implicanti l'uso di nuove sostanze chimiche.»

Art. 98 CPI: segreti commerciali tutelabili

- **Informazioni aziendali** ed **esperienze tecnico-industriali** (*know-how* in senso stretto), comprese quelle **commerciali**;
- **Dati** la cui elaborazione comporti considerevole impegno per ottenimento di Autorizzazione Immissione in Commercio (prodotti chimici e farmaceutici);
- Che soddisfano i **requisiti**
 - (a) Segretezza
 - (b) Valore economico
 - (c) Predisposizione di misure di protezione ragionevolmente idonee a preservare la segretezza

Requisiti che devono essere soddisfatti

- 1) Segretezza** (non assoluta ma relativa: informazioni non agevolmente individuabile, reperibile o ricostruibile)
- 2) Valore economico** (funzionale all'operatività dell'impresa; solo conoscenze che hanno natura industriale o commerciale e non meramente scientifiche; valore economico non necessariamente patrimoniale ma anche in termini di vantaggio competitivo: es. efficientamento, risparmio costi e tempo, qualità)
- 3) Misure di protezione** (volontà impresa di renderle segrete; misure di protezione adeguate rispetto l'info da proteggere; adottate nella propria organizzazione interna e con i terzi)

Il know-how nella giurisprudenza civile

- ❑ **Valutazione precipua della rispondenza delle informazioni che si intendono proteggere ai requisiti fissati dal CPI**
- ❑ **Approccio *case by case*: risultati diversi anche in situazioni simili in dipendenza dalle misure effettivamente adottate**

Esempi (in materia di liste clienti): *«E' illecita [...] l'appropriazione da parte di un concorrente, senza il consenso del titolare, di informazioni economicamente rilevanti per l'impresa di quest'ultimo, tecniche o commerciali, comprese quelle finanziarie, di gestione o di marketing, custodite con adeguate misure di protezione in banche dati»* (Trib. Torino, 15.11.2018)

Contra: *«Non può considerarsi illecita acquisizione di tali informazioni [...] qualora il preponente gli abbia messo a disposizione le credenziali per accedere agli archivi online che le ospitano e, dopo la cessazione del rapporto, non le abbia diligentemente modificate o eliminate»* (Trib. Bologna, 04.07.2017)

Il know-how nella giurisprudenza amministrativa

- ❑ CPI spesso richiamato nelle decisioni amministrative**
- ❑ Valutazione approssimativa della rispondenza delle informazioni asseritamente protette ai requisiti fissati dal CPI**

Consiglio di Stato, V, 7.1.2020, n. 64: Per Know-how si intende *«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»*

T.A.R. Lazio, Sez. II, 23.02.2021, n. 2194: *«L'ostensione dell'offerta [...] è legittimamente limitata [...] in quanto prodotto patrimoniale della capacità ideativa o acquisitiva della singola impresa cui l'ordinamento [...] offre tutela in quanto segreto lato sensu commerciale [...]»*

Il concetto di know-how nella giurisprudenza amministrativa

- viene utilizzato in modo atecnico;**
 - il know-how NON è il «saper fare»;**
 - è importante conoscerlo e saperlo riconoscere**
- 

Conoscere la definizione corretta di know-how è utile

- per accedere alle offerte dei propri concorrenti quando viene segretato ciò che non è vero know-how
- per mantenere riservato e non accessibile ciò che è vero know-how e proteggere il proprio lavoro e la propria competitività

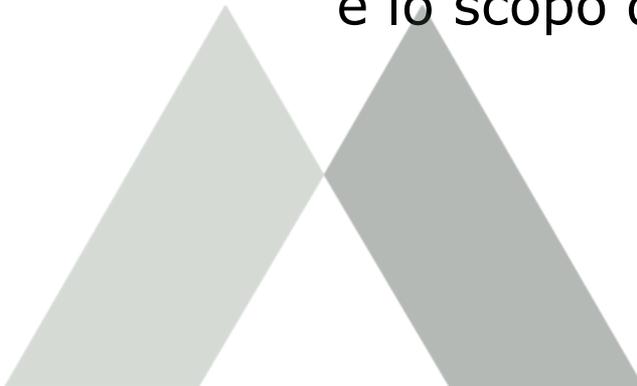
In concreto

Per le imprese che chiedono l'accesso:
attenzione a motivare sulla stretta indispensabilità:

- Indicare con precisione i documenti o le parti di documenti da visionare;

- Indicare i possibili motivi di ricorso o, quanto meno, il nesso di strumentalità tra il documento e lo scopo difensivo.

(segue)



In concreto

Per le imprese che si oppongono all'accesso:

attenzione alla dichiarazione dell'offerente dell'esistenza di segreti tecnici e commerciali.

- Non secretare tutto
- Individuare con precisione le parti da oscurare
- Motivare con riferimento CPI
- Comprovare con documenti

BOZZA PROVVISORIA NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

predisposta dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato e
trasmessa al nuovo Governo



- ❖ **Art. 35 – Accesso agli atti e riservatezza**
- ❖ **Art. 36 – Norme procedurali e processuali in tema di accesso**

Art. 35 – Accesso agli atti e riservatezza (NOVITA’)

- ❑ **Nuova ipotesi di «differimento»:** domanda di partecipazione, atti e informazioni sui requisiti di partecipazione e verbali di ammissione (fino all’aggiudicazione)

- ❑ **Esclusione accesso per «segreti tecnici o commerciali»:** viene previsto come un «potere» (non più obbligo)

- ❑ **Accesso difensivo (deroga al diniego di accesso):** viene recepito il principio giurisprudenziale della «indispensabilità» del documento ai fini della difesa in giudizio

Art. 36 - Norme procedurali e processuali in tema di accesso **(NOVITA')**

- ❑ **Offerta dell'aggiudicatario, verbali di gara e tutti gli atti e informazioni presupposti all'aggiudicazione** sono resi disponibili sulla piattaforma elettronica contestualmente alla comunicazione di aggiudicazione
- ❑ Nella stessa comunicazione di aggiudicazione si dà atto di **eventuali richieste di oscuramento delle offerte** che sono impugnabili ex art. 116 c.p.a., con atto notificato e depositato, entro i successivi 10 gg. dalla comunicazione di aggiudicazione
- ❑ La S.A. prima di rigettare le richieste di oscuramento deve **attendere decorso del termine di impugnazione** (10 gg.)
- ❑ **Ai primi 5 concorrenti della graduatoria** sono rese reciprocamente disponibili le proprie offerte sulla stessa piattaforma

Tutela in giudizio

- ❑ **accesso illegittimamente negato/inerzia**
rito speciale art. 116 c.p.a.
- ❑ **accesso illegittimamente concesso**
risarcimento del danno se violato il segreto
tecnico o commerciale

Alcune riflessioni finali

- accesso ed effetti anticompetitivi
 - nel contesto degli appalti pubblici ragioni di trasparenza impongono regole diverse da quelle che governano il mercato privato
 - l'accesso alle offerte tecniche meramente emulativo costituisce comunque un'ipotesi di abuso del diritto
- 



GRAZIE PER L'ATTENZIONE

