



**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

## **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**

