

UFFICIO STUDI CODAU

"Documento redatto con il contributo dei componenti dell'Ufficio Studi e VALIDATO dal Comitato Scientifico del Codau".

L'OFFERTA TECNICA TRA INTERESSE ALL'ACCESSO E INTERESSE ALLA RISERVATEZZA NELLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO: IL PROGRESSIVO ADEGUAMENTO ALLE INDICAZIONI DELLA CORTE DI GIUSTIZIA UE NELLA SENTENZA DEL CONSIGLIO DI STATO DEL 16 FEBBRAIO 2021 N. 1437

Con la sentenza n. 1437 del 16 febbraio 2021 il Consiglio di Stato torna ad esprimersi sulla questione relativa all'accesso agli atti di gara ed in maniera particolare sulla richiesta di ostensione dell'offerta tecnica dell'impresa aggiudicataria.¹

La pronuncia desta alcune perplessità e può creare dubbi operativi soprattutto in capo a coloro che si trovano a dover gestire una complessa procedura di accesso agli atti ai sensi dell'art. 53 del D. Lgs. n. 50/2016.

1. LA VICENDA

La vicenda oggetto del contenzioso trae origine dal diniego, opposto dalla stazione appaltante (nel caso di specie l'Ospedale di Reggio Calabria) alla domanda di accesso agli atti formulata dall'unica altra partecipante ad una procedura insieme all'impresa aggiudicataria oppostasi all'accesso ai documenti. L'istanza di accesso era riferita in particolare all'offerta tecnica ed alla documentazione tecnica dei prodotti offerti dall'aggiudicataria, a tutti i verbali di gara inclusi quelli relativi alla valutazione dell'offerta tecnica e dell'offerta economica ed era motivata dalla strumentalità all'eventuale difesa in giudizio dei propri diritti ai sensi dell'art. 120 del D.Lgs. n. 104/2010.

La stazione appaltante negava l'accesso all'offerta tecnica in virtù dell'opposizione formulata dall'impresa controinteressata, tanto più che la mancata tempestiva impugnazione dell'aggiudicazione impediva di far ritenere prevalenti le esigenze difensive dell'impresa richiedente rispetto all'interesse alla riservatezza sui contenuti dell'offerta tecnica coperti da segreto industriale e commerciale.

In primo grado il TAR Calabria ² rigettava il ricorso condividendo le ragioni della stazione appaltante e motivando la sentenza con il fatto che l'assenza di una tempestiva impugnazione dell'aggiudicazione non poteva far prevalere l'accesso motivato da generiche esigenze di difesa in giudizio sulle opposte ragioni di tutela della riservatezza.

¹ Ha collaborato alla stesura del presente documento la dott.ssa A. Ciccarelli Università di Camerino

² Si tratta di Tar Calabria, 16 maggio 2020 n. 346.

2. DAL CONCETTO DI STRETTA INDISPENSABILITA' DI UTILIZZO DELLA DOCUMENTAZIONE IN UNO SPECIFICO GIUDIZIO ALL'ACCESSO AI FINI DELLA "EVENTUALE" TUTELA IN GIUDIZIO

Il Tar Calabria non ha fatto altro che attenersi alla linea interpretativa espressa dallo stesso Consiglio di Stato che riconosce meritevolezza all'accesso esercitato ai sensi dell'art. 53, comma 5 lett. a) e comma 6 laddove ricorra il parametro della "stretta indispensabilità" secondo cui *"al fine di esercitare il diritto di accesso riguardo a informazioni contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali, è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità (da riguardarsi, restrittivamente, in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio"*³.

Il giudizio in merito alla prevalenza dell'interesse all'accesso ovvero dell'interesse alla riservatezza *"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"*, dipende dalla valutazione della stazione appaltante che non può escludere *tout court* l'accesso trincerandosi dietro all'opposizione manifestata dalla controinteressata⁴ ma deve procedere con un'analisi che tenga conto dei singoli elementi della fattispecie concreta in modo da poter discernere correttamente i casi in cui l'interesse all'accesso sia meramente emulativo da quelli in cui lo stesso debba invece essere consentito *"ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto"* (art. 53, comma 6 D. Lgs. n. 50/2016).

Ebbene, nel caso di specie, secondo il Tar per la Calabria risulterebbe *"di dirimente valenza la circostanza della mancata impugnazione in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione della gara da parte della ricorrente"*. A detta del TAR infatti *"l'omessa attivazione del rimedio giurisdizionale ex art. 120 c.p.a. impedisce quindi di accordare carattere 'difensivo' alla domanda di accesso formulata dalla ricorrente, ostando per ciò solo all'operatività della deroga (alla regola generale di cui al co. 5 lett. a) di cui al più volte citato co. 6 dell'art. 53"*.

Il Consiglio di Stato, con l'odierna decisione, ha chiarito che la stretta indispensabilità non presuppone necessariamente un preventivo ricorso giurisdizionale. A detta del Consiglio di Stato, infatti, *"non sarebbe lecito pretendere che un operatore economico, per essere legittimato all'accesso all'offerta tecnica dell'operatore vincitore, debba proporre un cd. ricorso al buio ancor più laddove l'intera offerta tecnica sia stata sottratta all'accesso pur in assenza di una specifica e puntuale motivazione circa la presenza di un segreto tecnico o commerciale esteso ad ogni suo aspetto"*⁵. Il ricorso al buio, infatti, sarebbe destinato ad

³ Cons. di Stato, 1.7.2020, n. 4220. Conforme Cons. Stato, ord. 27 marzo 2020, n. 2150. Già prima, ex multis, Cons. di Stato, 11 aprile 2017, n. 1692. In tal caso poi "l'onere della prova del suddetto nesso di strumentalità incombe, secondo il consueto criterio di riparto dell'onere della prova, su chi agisce: ove tale interesse difensivo non viene dimostrato da parte del soggetto che presenta l'istanza ostensiva, l'amministrazione ben può rigettare l'istanza di accesso. Così Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2020, n. 1451.

⁴ È stato infatti evidenziato che "La normativa in materia di accesso agli atti, lungi dal rendere i controinteressati arbitri assoluti delle richieste che li riguardano, rimette sempre all'amministrazione destinataria della richiesta di accesso il potere di valutare la fondatezza della richiesta stessa, anche in contrasto con l'opposizione eventualmente manifestata dai controinteressati". (in tal senso Tar Lazio, sez. Latina I^a, n. 48/2012; in tal senso, pure: Tar Sicilia, sez. Catania IV^a, n. 1.277/2007)

⁵ Consiglio di Stato, 16 febbraio 2021, n. 1437.

essere dichiarato inammissibile, per violazione della regola sulla specificazione dei motivi di ricorso, contenuta nell'art. 40, comma 1, lettera d), del c.p.a con evidente pregiudizio per l'impresa non aggiudicataria.

Ne deriva che l'interesse che supporta l'accesso alla documentazione tecnica non può essere considerato emulativo tutte le volte in cui sia riferito al concreto ed attuale interesse dell'impresa concorrente a verificare non solo la corrispondenza del prodotto offerto dalla aggiudicataria alle caratteristiche richieste ma anche la correttezza delle valutazioni tecniche della commissione. Solo in tal modo infatti l'impresa avrebbe la possibilità di valutare *ex ante ed in abstracto* con riferimento al momento della domanda, l'opportunità e la convenienza a proporre un ricorso giurisdizionale e comunque di conoscere le possibili violazioni delle regole dell'evidenza pubblica secondo la disciplina contenuta nel codice dei contratti pubblici.

3. LE INDICAZIONI DELLA CORTE DI GIUSTIZIA UE SULLA DILAZIONE TEMPORALE DEL TERMINE DI IMPUGNAZIONE

La recente sentenza del Consiglio di Stato aggiunge che, nei casi in cui l'Amministrazione aggiudicatrice rifiuti l'accesso o impedisca con comportamenti dilatori l'immediata conoscenza degli atti di gara (e dei relativi allegati), il termine per l'impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l'interessato li abbia conosciuti.

Tale decisione trova la sua giustificazione nella recente sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 2 luglio 2020 n. 12, nella quale viene statuito che, ai fini della decorrenza del termine di impugnazione, rilevano sia le regole che le Amministrazioni aggiudicatrici devono rispettare in tema di "Informazione dei candidati e degli offerenti" (di cui all'art. 76 del D. Lgs. 50/2016 sia le regole (di cui all'art. 29, comma 1) sulla pubblicazione degli atti, completi dei relativi allegati, il cui rispetto comporta la conoscenza legale degli stessi⁶.

Certamente la pronuncia n. 12/2020 del Consiglio di Stato – considerando il mancato coordinamento tra la disciplina relativa alle impugnazioni ex art. 120 D. Lgs. n. 104/2010 e le nuove regole di cui al D. Lgs. 50/2016 – ha perseguito l'obiettivo di allineare l'interpretazione della disciplina nazionale

⁶ L'Adunanza Plenaria, nella sentenza predetta, ha formulato i seguenti principi di diritto:

- a) «il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016;
- b) le informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati ovvero per accertarne altri, consentono la proposizione non solo dei motivi aggiunti, ma anche di un ricorso principale;
- c) la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta;
- d) la pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, ex art. 29 del decreto legislativo n. 50 del 2016, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione;
- e) sono idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati».

sull'impugnazione degli atti delle procedure di affidamento ai principi affermati dalla Corte di Giustizia UE⁷ secondo i quali il diritto di difesa viene assicurato solo se alla parte viene concessa la possibilità di avere un'adeguata consapevolezza del pregiudizio subito dagli atti di gara. Il principio di effettività del diritto di difesa verrebbe infatti pregiudicato tutte le volte in cui la ricevibilità delle azioni fosse subordinata alla previa constatazione dell'illegittimità della procedura di aggiudicazione dell'appalto senza tener conto della conoscenza o meno, da parte del soggetto leso, dell'esistenza di una violazione di una norma giuridica⁸. Secondo la Corte di Giustizia UE l'obiettivo di esperire ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione di appalti pubblici *"può essere conseguito soltanto se i termini imposti per proporre tali ricorsi comincino a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione di dette disposizioni"*⁹.

Ebbene, nell'ottica di un necessitato adeguamento alle indicazioni sovranazionali, l'odierna pronuncia del Consiglio di Stato, che fa proprie le espressioni dell'Adunanza Plenaria, afferma come non si possa escludere che il principio della piena conoscenza o conoscibilità si applichi anche nel caso di specie con l'ovvia conseguenza che *"la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta"*.

Se dunque è vero che l'istituto dell'accesso documentale è *"costruito come situazione soggettiva strumentale per la tutela di situazioni sostanziali, a prescindere dalla qualificazione della situazione finale in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo"*¹⁰, è altrettanto innegabile, secondo il Supremo Consesso, che l'interesse che supporta il richiesto accesso non può essere considerato emulativo visto che è puntualmente riferito al concreto ed attuale interesse dell'impresa concorrente ad effettuare le dovute verifiche in merito sia alla corrispondenza del prodotto offerto dalla concorrente alle caratteristiche richieste sia alla correttezza delle valutazioni tecniche della commissione. Tutto questo ovviamente con lo scopo di valutare la possibilità, che rileva *ex ante* ed *in abstracto*, di ottenere una tutela giurisdizionale.

Ne discende che, in un'ottica in cui la conoscenza del documento diventa strumentale all'acquisizione di elementi di prova in ordine alle pretese *"astrattamente azionabili in giudizio"*, il momento

⁷ Secondo il Considerando n. 122 della direttiva 2014/24/UE "i cittadini, i soggetti interessati, organizzati o meno, e altre persone o organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE hanno comunque un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto. Dovrebbero pertanto avere la possibilità, con modalità diverse dal sistema di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE e senza che ciò comporti necessariamente una loro azione dinanzi a corti e tribunali, di segnalare le eventuali violazioni della presente direttiva all'autorità o alla struttura competente. Al fine di non creare duplicazioni di autorità o strutture esistenti, gli Stati membri dovrebbero essere in grado di prevedere il ricorso ad autorità o strutture di controllo generali, organi di vigilanza settoriali, autorità di vigilanza comunali, autorità competenti in materia di concorrenza, al Mediatore o ad autorità nazionali competenti in materia di audit".

⁸ In tal senso Corte Giust. UE, 26 novembre 2015 C-166/14.

⁹ Si tratta della nota sentenza Uniplex della Corte di Giust. UE, 28 gennaio 2010 C- 406/08.

¹⁰ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 25 settembre 2020, n. 19.

dell'ostensione può, in certi casi, assumere la natura di *dies a quo* per l'impugnazione in giudizio ai sensi dell'art. 120 C.P.A.

4. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Dopo l'odierna pronuncia del Consiglio di Stato diventa evidentemente non semplice l'attività valutativa dell'amministrazione chiamata, in sede di scrutinio, a pronunciarsi sulla prevalenza o meno dell'istanza di accesso agli atti rispetto all'interesse alla riservatezza.

L'obiettivo di adeguare la disciplina nazionale in tema di accesso e di impugnazioni avverso gli atti della procedura di affidamento alle indicazioni europee potrebbe in concreto superare la disposizione contenuta nell'art. 53, comma 5 lett. a) e comma 6, facendo propendere verso un'eccessiva apertura al diritto di accesso sempre ed in ogni circostanza. Appare difficile, infatti, per la singola stazione giustificare il diniego all'accesso alla documentazione tecnica (condividendo con ciò le motivazioni dell'opposizione dell'impresa controinteressata) quando, alla luce delle nuove indicazioni giurisprudenziali, l'interesse all'accesso può prescindere da uno specifico giudizio e dunque essere considerato meritevole di tutela attraverso una valutazione *ex ante* e in astratto.

Esiste il fondato rischio di dare eccessivo ingresso ad accessi esplorativi in violazione di quanto prescritto dal comma 6 dell'art. 53: se infatti la proposizione del ricorso si riduce a mera eventualità da valutare a seguito della conoscenza degli atti dell'impresa concorrente, tutte le volte in cui non si proceda giudizialmente, verrebbe meno il presupposto della stretta indispensabilità tra la documentazione richiesta e le esigenze difensive e l'acquisizione della documentazione tecnica finirebbe per costituire un esercizio abusivo del diritto di accesso, in quanto mirante ad una inappropriata acquisizione indiretta di informazioni coperte da segreto industriale e commerciale.

Elevato è altresì il rischio che la dilazione temporale, da eccezione, diventi una regola generale ed uno strumento utile a "convincere" l'amministrazione a prediligere l'ostensione della documentazione rispetto all'interesse alla riservatezza dei segreti tecnici e commerciali manifestato dall'impresa controinteressata. Tanto più se l'interesse all'accesso sia volto a verificare (non solo la corrispondenza del prodotto offerto dalla aggiudicataria alle caratteristiche richieste ma anche) la "*correttezza delle valutazioni tecniche della commissione*" con evidente ulteriore rischio di ritenere meritevoli di tutela quegli accessi che violino palesemente la disposizione di cui al comma 3, dell'art. 24 della legge n. 241/1990 secondo cui «*non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni*».

L'amministrazione, pertanto, chiamata ad effettuare lo scrutinio sulla prevalenza o meno dell'istanza di accesso agli atti rispetto all'interesse alla riservatezza, vista l'oggettiva semplificazione dell'onere della prova in capo all'impresa richiedente, sarà chiamata a vagliare e valutare in maniera specifica le motivazioni addotte dall'impresa controinteressata in merito alla sottrazione all'accesso della documentazione tecnica. Spetterà ad essa valutare e considerare in maniera critica la peculiarità della

fattispecie concreta per discernere la prevalenza del diritto dell'istante all'accesso integrale all'offerta tecnica laddove concorra l'esistenza di "segreto tecnico o commerciale". A tal proposito il Consiglio di Stato rileva che eventuali esigenze di segretezza tecnica o industriale *"avrebbero potuto essere fatte valere solo per singole informazioni da oscurare sottoposte a tutela brevettuale o a privativa industriale o commerciale puntualmente immotivatamente indicate dalla stessa impresa controinteressata che in questo caso si era invece limitato da una generica dichiarazione riferita all'intera offerta tecnica acriticamente recepito dall'amministrazione ma del tutto inidonea ai fini indicati"*.

Sulla base di tali indicazioni, pertanto, l'atteggiamento più conciliante rimane quello di evitare la sottrazione all'accesso dell'offerta tecnica nella sua interezza e piuttosto procedere al semplice oscuramento delle parti o sezioni in riferimento alle quali l'impresa abbia previamente dimostrato la sussistenza di particolari esigenze di segretezza.