



**NOTA A CONSIGLIO DI STATO – QUINTA SEZIONE,
SENTENZA 21 agosto 2020, n. 5167**

Nelle procedure ad evidenza pubblica va dimostrato in concreto l'interesse al diritto di accesso ad informazioni contenenti segreti tecnici e commerciali

Di GIANLUCA BRIGANTI

Massime:

- 1. Al fine di esercitare, in un procedimento di gara per l'affidamento di contratti pubblici, il diritto di accesso riguardo ad 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 intendersi in termini di stretta indispensabilità, di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio.*
- 2. Nel quadro del bilanciamento tra il diritto alla tutela dei segreti industriali ed il diritto all'esercizio del c.d. accesso difensivo risulta necessario l'accertamento dell'eventuale nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate, con la conseguenza che l'onere della prova del suddetto nesso di strumentalità incombe, secondo il consueto criterio di riparto dell'onere della prova, su chi agisce.*
- 3. Il criterio normativo del bilanciamento dei contrapposti interessi, di cui all'art. 53, comma 6, richiede, da parte dell'istante, la prova dell'indispensabilità dei documenti ai quali è chiesto l'accesso, affinché possa difendersi in un determinato giudizio; il che equivale ad affermare che l'interesse difensivo all'accesso agli atti di gara va verificato in concreto.*

Commento:

La V sezione del Consiglio di Stato, nella sentenza in oggetto, ha statuito che, nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica, in mancanza di una prova dell'indispensabilità dei documenti dei quali è richiesto l'accesso, è legittimo il diniego opposto dall'Amministrazione ad un'istanza di accesso agli atti volta all'ostensione dell'offerta tecnica dell'impresa aggiudicataria.

Nel caso *de quo*, il denegato accesso, oggetto di contestazione, era riferito al contenuto dell'offerta tecnica dell'impresa prima aggiudicataria di una procedura di gara informale.

L'Amministrazione, valutata l'opposizione dell'operatore economico interessato, in virtù della natura sensibile, sotto il profilo industriale e commerciale, dei dati contenuti nella propria offerta tecnica, confermava il parziale diniego opposto già in una prima fase della gara.

La sentenza del TAR Lazio appellata¹ accoglieva il ricorso nell'assunto che l'interesse difensivo debba essere valutato in astratto e comunque in senso ampio e comprensivo di qualsivoglia mezzo di tutela, tra cui l'azione risarcitoria, deducendo che le necessità difensive poste a fondamento dell'istanza di accesso escludono in ogni caso l'operatività del limite previsto dall'art. 53, comma 5, lett. a), del D.lgs. n. 50 del 2016 (c.d. Codice dei Contratti Pubblici).

I giudici di Palazzo Spada, nell'esaminare la fondatezza del gravame si soffermano, dunque, sulla legittimità del diniego all'ostensione documentale dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria opposto dall'Amministrazione all'istanza del concorrente qualificatosi secondo nella procedura di gara.

Il Collegio evidenzia come il comma 5, lettera a) dell'art. 53 del D.lgs. n. 50/2016² prevede dei limiti all'accesso "*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*", mentre il comma 6 del citato articolo ammette "*l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto*" rilevando che l'accesso alla documentazione di gara, delle procedure di evidenza pubblica, non è sempre integrale a fronte della deduzione di esigenze di difesa, essendo sempre necessario, nel bilanciamento tra il diritto alla tutela dei segreti industriali e commerciali ed il diritto all'esercizio del c.d. accesso difensivo³, l'accertamento dell'eventuale nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate⁴.

¹ TAR Lazio, Roma, sez. III Ter, 23 marzo 2020, n. 3579.

² Tale norma ricalcherebbe, nella sostanza il testo dell'abrogato art. 13 del D.lgs. n. 163/2006. Ed infatti, per quel che specificatamente attiene al c.d. "accesso difensivo", il comma 6 dell'art. 13 del previgente Codice dei contratti pubblici già riconosceva la prevalenza del diritto di accesso sulle contrapposte esigenze di tutela del segreto tecnico e commerciale, a condizione che l'accesso fosse azionato in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso. Sul tema Cons. Stato, sez. VI, 19 ottobre 2009, n. 6993.

³ Sul tema si veda L. MINERVINI, *Accesso agli atti e procedure di affidamento ed esecuzione di contratti pubblici*, in *Foro Amministrativo*, Milano, Giuffrè, n. 5, 2019, p. 949 ss., nel quale analizzerebbe il tema dell'accesso agli atti con riferimento alle procedure di affidamento ed esecuzione di contratti pubblici, descrivendo la linea di tensione che si pone tra le situazioni giuridiche che vengono in rilievo. La tutela della segretezza degli offerenti durante la competizione e, per l'altro, il diritto alla conoscenza dei documenti da parte di concorrenti (e terzi). Complessità che non sembrerebbe mitigata, dalla innovativa legislazione sulla trasparenza amministrativa di recente introduzione, il quale consentirebbe l'incremento di dati soggetti a pubblicazione obbligatoria e introdurrebbe nuove forme di accesso civico.

⁴ Cons. Stato, sez. V, 1 luglio 2020, n. 4220.

Il Consiglio di Stato, conformemente alla più recente giurisprudenza⁵, ha affermato come tale disposizione prevede che, al fine di esercitare il diritto di accesso riguardo a informazioni contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali, sia necessario dimostrare non un mero generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità o essenzialità da riguardarsi, restrittivamente, in termini di “stretta indispensabilità” di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio.

Dunque, il RUP, in sede di scrutinio sulla fondatezza dell’istanza di accesso agli atti, dovrà operare un approfondito controllo, concretizzatosi in un dovere istruttorio rafforzato circa l’effettiva utilità della documentazione richiesta. Tale accertamento richiederà l’espletamento preliminare della c.d. “prova di resistenza” nei confronti dell’offerta⁶, al fine di verificare la sussistenza in concreto di un nesso di strumentalità tra la documentazione oggetto dell’istanza di accesso e la tutela difesa in giudizio degli interessi della stessa impresa richiedente.

Conseguentemente, l’onere della prova del nesso di strumentalità incombe, secondo il l’ordinario criterio di riparto dell’onere della prova, sul soggetto che agisce in giudizio.

Nel caso *de quo*, tale interesse difensivo non è stato dimostrato da parte del soggetto che ha presentato l’istanza di accesso agli atti, consentendo in tal senso il diniego da parte dell’Amministrazione.

Definitivamente, accogliendo il ricorso di secondo grado, il Collegio ha negato la possibilità di una valutazione in astratto dell’interesse all’ostensione documentale affermando, nel quadro del bilanciamento tra il diritto alla tutela dei segreti industriali ed il diritto all’esercizio dell’accesso difensivo, la necessaria valutazione in concreto della prova dell’indispensabilità dei documenti ai quali è chiesto l’accesso, interpretando il rapporto di “strumentalità” tra la documentazione di gara richiesta e l’interesse legittimo, in senso “restrittivo”.

⁵ Conformemente a Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2020, n. 2449; Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2020, n. 2150.

⁶ Nel Codice dei Contratti Pubblici la tutela del segreto tecnico o commerciale è affievolita in presenza del diritto alla tutela giurisdizionale. A fronte di tale compressione, si verrebbe ad imporre la necessità di un accurato controllo in ordine alla effettiva utilità della documentazione richiesta: una sorta di “prova di resistenza”. Diversamente, una volta esclusa la sussistenza di segreti tecnici o commerciali, il diritto di accesso deve essere regolato secondo i meno restrittivi criteri ordinari che non prevedono alcuna indagine sull’utilità e sull’efficacia del documento nella prospettiva di una tutela giurisdizionale, ma solamente la necessità di un collegamento tra l’interesse che si intende tutelare e il documento. Sul tema Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2019, n. 7743.