



Newsletter Servizio Privacy 13/2009 dello 20.11.2009

Il diritto di accesso alla documentazione di gara contenente segreti tecnici e o commerciali

Si segnalano gli interessanti principi di diritto affermati da recente giurisprudenza di merito e del Consiglio di Stato nella "delicata" e complessa materia dell'accesso alla documentazione di gara contenente segreti tecnici e o commerciali da parte di ditte partecipanti a conclusione della procedura stessa.

L'accesso agli atti delle procedure di affidamento dei contratti pubblici è oggetto della disciplina dettata dall'art. 13 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 163/2006).

Del tutto identica disciplina è dettata per Provincia Autonoma di Trento dall'art. 7 bis della l.p. 26/1993.

La rubrica dell'art. 7 bis descrive il duplice oggetto della disciplina:

- a) la previsione di particolari limiti oggettivi e soggettivi all'accessibilità degli atti concernenti le procedure di affidamento dei contratti pubblici;
- b) l'introduzione di veri e propri doveri di non divulgare il contenuto di determinati atti, assistiti da apposite sanzioni di carattere penale.

Tale disciplina, essendo destinata a regolare in modo completo tutti gli aspetti relativi alla conoscibilità degli atti e dei documenti rilevanti nelle diverse fasi di formazione ed esecuzione dei contratti pubblici, costituisce **una sorta di microsistema normativo**, collegato all'idea della peculiarità del settore considerato, pur all'interno delle coordinate generali dell'accesso tracciate dalla l.p. 23/1992.

L'art. 7 bis, oltre ad individuare fattispecie di differimento dell'accesso (comma 2), prevede in modo puntuale una serie di esclusioni oggettive al diritto di accesso; fra queste in particolare quella sancita dalla lett. a) del comma 4, concernente le *"informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a loro giustificazione, che costituiscono, secondo motivata e provata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali"*.

La norma in questione amplia i limiti oggettivi del segreto dettando delle **regole speciali** che devono considerarsi incondizionatamente prevalenti sulla disciplina generale sulla trasparenza amministrativa.

Secondo la disciplina dettata dall'art. 7 bis, tuttavia, l'esclusione dall'accesso non è sempre radicale ed assoluta. Infatti il comma 5 prevede che: *"nei casi cui al comma 4 lettera a è comunque consentito l'accesso al concorrente che lo chieda 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"*.

La norma pare riprendere i principi di bilanciamento tra gli interessi contrapposti alla trasparenza ed alla riservatezza della disciplina generale ma a ben vedere è più puntuale e restrittiva.

Sul versante della legittimazione soggettiva attiva, la disposizione riguarda **solo il concorrente che abbia partecipato alla selezione**; la preclusione all'accesso è invece totale qualora la richiesta sia formulata da un soggetto terzo, che pure dimostri di avere un interesse differenziato, alla stregua della legge generale sul procedimento.

Sul piano oggettivo, l'accesso eccezionalmente consentito è **strettamente collegato alla sola esigenza di una difesa in giudizio**; in questa prospettiva, quindi, la previsione è molto più restrittiva di quella contenuta

nell'art. 24 l. n. 241/1990 (si legga art. 32 bis comma 2 L.P. 23/1992), la quale contempla un ventaglio più ampio di possibilità consentendo l'accesso ove necessario per la tutela della posizione giuridica del richiedente, senza alcuna restrizione alla sola dimensione processuale.

Peraltro non è necessario che, al momento della richiesta di accesso, il giudizio sia già instaurato, ma è sufficiente che la lite sia anche solo potenziale.

Per non dilatare in modo irragionevole la portata della norma, si deve ritenere che essa imponga quindi all'Amministrazione cui è presentata la richiesta **di effettuare un accurato controllo in ordine alla effettiva utilità della documentazione richiesta, alla stregua di una sorta di prova di resistenza.**

In definitiva, si afferma il principio di diritto che non è consentito, neppure ad un'impresa partecipante alla gara, esercitare l'accesso alla documentazione posta a corredo dell'offerta da un'altra partecipante, ove la stessa abbia dichiarato che sussistono riguardo a tale documentazione esigenze di tutela del segreto tecnico o commerciale ed la richiedente non abbia dimostrato la concreta necessità di utilizzare tale documentazione in uno specifico giudizio.

In concreto nei casi esaminati, a fronte della richiesta di accesso di una ditta partecipante alla documentazione della ditta aggiudicataria, il giudice ha affermato la legittimità del diniego di accesso alla documentazione contenente segreti tecnici e commerciali, formulato dall'Amministrazione, in quanto la richiedente non aveva dimostrato la necessità di utilizzare la documentazione richiesta in uno specifico giudizio a fini difensivi (Consiglio di Stato, sez. V 9 dicembre 2008 n. 6121; TAR Umbria, sez. I, 5 novembre 2009 n. 662).

Cordiali saluti.

Il Coordinatore
dott. Gianni Festi