

Codice
identificativo: 1048
Data ricezione: 24/09/2021

Argomento: Accesso agli atti

Oggetto: Art. 53 D.Lgs. 50/2016 - Accesso nella forma della sola visione - offerta tecnica segreto tecnico/commerciale

Quesito: Si chiede se, nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sia legittimo l'inserimento negli atti di gara della seguente clausola: "Unitamente alla presentazione dell'offerta tecnica, ai sensi dell'articolo 53, comma 5, lett. a) del decreto legislativo 50/2016, ciascun offerente potrà segnalare all'Amministrazione, mediante motivata e comprovata dichiarazione, le informazioni che costituiscano segreti tecnici e/o commerciali. In caso di presentazione di tale dichiarazione, in presenza dei presupposti indicati nell'articolo 53, comma 6, del D.Lgs. n. 50/2016, l'Amm.ne consentirà l'accesso nella forma della SOLA VISIONE alle informazioni che costituiscano segreti tecnici e/o commerciali ai concorrenti che lo richiedano, previa comunicazione ai controinteressati della richiesta di accesso agli atti. In mancanza di tale dichiarazione, l'Amm.ne consentirà, ai concorrenti che lo richiedano, l'accesso nella forma di estrazione di copia dell'offerta tecnica."

Risposta: Al fine di rispondere a quanto richiesto, preme anzitutto ricordare che l'articolo 53, comma 5, lettera a) del Codice, stabilisce che "SONO ESCLUSI L'ACCESSO ED OGNI FORMA DI DIVULGAZIONE" con riferimento (tra l'altro) "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". Quindi, rispetto al quesito posto, si chiarisce che la formulazione "sono esclusi l'accesso e ogni forma di divulgazione" implica una preclusione del diritto di accesso, sia per estrazione copia che per "sola visione" delle informazioni dell'offerta effettivamente coperte da segreto tecnico o commerciale. La suddetta esclusione è volta, infatti, a tutelare la "riservatezza aziendale", con lo scopo di impedire che gli operatori economici possano utilizzare surrettiziamente l'accesso al solo fine di acquisire informazioni riservate sul know how degli altri concorrenti, vale a dire "segreti tecnici o commerciali". Si precisa che l'ambito dell'esclusione in oggetto non riguarda l'offerta nel suo complesso, ma soltanto la parte contenente le informazioni che possono essere considerate, "secondo comprovata e motivata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali". In tal senso, l'offerente ha l'onere di indicare le parti dell'offerta che contengano detti segreti, fornendo altresì una motivata e comprovata dichiarazione da inserire nell'offerta medesima. Il limite posto alla ostensibilità è, quindi, subordinato all'espressa «manifestazione di interesse» da parte dell'impresa proprietaria del segreto commerciale, sulla quale incombe tale onere di allegazione di «motivata e comprovata dichiarazione», mediante la

quale sia dimostrata l'effettiva sussistenza di un segreto industriale o commerciale meritevole di protezione. La presentazione di un'istanza di accesso impone, dunque, alla stazione appaltante di coinvolgere, nel rispetto del contraddittorio, il concorrente controinteressato, nelle forme previste dalla disciplina generale del procedimento amministrativo e richiede una motivata valutazione delle argomentazioni offerte, ai fini dell'apprezzamento dell'effettiva rilevanza per l'operatività del regime di segretezza. Preme precisare che quanto asserito dal concorrente, È OGGETTO DI AUTONOMO E DISCREZIONALE APPREZZAMENTO DA PARTE DELLA STAZIONE APPALTANTE SOTTO IL PROFILO DELLA VALIDITÀ E DELLA PERTINENZA DELLE RAGIONI PROSPETTATE A SOSTEGNO DEL DINIEGO (tra le altre, Tar Campania (Napoli), I, n.437/2020). Pertanto, da un lato, in assenza della dichiarazione del concorrente ed al ricorrere dei presupposti di legge, l'accesso sarà consentito; dall'altro, in presenza della dichiarazione, la stazione appaltante deve comunque verificare che la dichiarazione resa sia adeguatamente motivata e circostanziata. Si impone, dunque, alla stazione appaltante una motivata valutazione delle argomentazioni offerte, ai fini dell'apprezzamento della effettiva rilevanza per l'operatività del regime di segretezza, non potendo tale procedimento risolversi in un mero automatismo. Ad ogni modo si ricorda che la lett. a) è una esclusione dall'accesso di tipo "relativo" in quanto il legislatore ha espressamente stabilito, con riferimento a questa fattispecie, una potenziale deroga ogniqualvolta il concorrente agisca "ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto" ex art. 53, comma 6 del Codice. L'accesso è, infatti, strettamente connesso all'esigenza di «difesa in giudizio», trattandosi di una previsione più restrittiva di quella dell'art. 24, comma 7, l. n. 241 del 1990, che contempla un ventaglio più ampio di possibilità e consente l'accesso, ove necessario, senza limitarlo alla sola dimensione processuale. Ne consegue che, "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, bensì la concreta necessità (da interpretarsi, restrittivamente, in termini di indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio. La mera intenzione di sondare l'opportunità di proporre ricorso giurisdizionale (anche da parte di chi vi abbia, come l'impresa seconda graduata, concreto ed obiettivo interesse) non legittima un accesso esplorativo a delle informazioni riservate, perché, in tal caso, mancherebbe la dimostrazione della specifica e concreta indispensabilità a fini di giustizia" (Cons. St., V, n. 64/2020). Tutto ciò considerato, con specifico riferimento alla domanda posta ed alla clausola riportata, si ritiene che questa sia legittima nella parte in cui si richiede a ciascun offerente di segnalare all'Amministrazione, mediante motivata e comprovata dichiarazione le informazioni che costituiscano segreti tecnici e/o commerciali, ferma restando poi la necessaria valutazione della SA in ordine a quanto dichiarato dal concorrente. Per il resto, si rimanda alle suesposte considerazioni, desunte dalla normativa vigente e dalla copiosa giurisprudenza sul tema.