

I limiti all'accesso dell'offerta tecnica secondo il Consiglio di Stato

Scritto da Interdata Cuzzola | 24/08/2020



È legittimo il diniego opposto all'operatore economico partecipante alla gara all'ostensione alle informazioni contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali presenti nell'offerta tecnica se non dimostra la concreta necessità o essenzialità di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio: è quanto ribadito dal Consiglio di Stato, sez. V, con la sent. 21 agosto 2020, n. 5167. Al riguardo, l'art. 53, del Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016), al comma 5, lett. a), 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 al comma 6 ammette «l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto», mettendo così in evidenza come l'accesso agli atti di gara delle procedure di appalto non sia automaticamente sempre integrale a fronte della deduzione di esigenze di difesa, essendo necessario, invece, nel bilanciamento tra il diritto alla tutela dei segreti industriali e commerciali ed il diritto all'esercizio del c.d. "accesso difensivo", l'accertamento dell'eventuale nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate. Ed infatti, come indicato in precedenza dal Consiglio di Stato (sez. V sent. 7 gennaio 2020, n. 64), dal combinato disposto delle due norme si evince la voluntas legis, consona al particolare contesto concorrenziale che informa la disciplina dei contratti pubblici, di escludere dall'ostensibilità propria degli atti di gara quella parte dell'offerta che riguarda le specifiche e riservate capacità tecnico-

industriali od in genere gestionali proprie dell'impresa in gara (il know how), vale a dire 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.

Il limite all'ostensibilità è subordinato all'espressa "manifestazione di interesse" da parte dell'impresa interessata, cui incombe l'onere dell'allegazione di motivata e comprovata dichiarazione, mediante la quale sia dimostrata l'effettiva sussistenza di un segreto industriale o commerciale meritevole di salvaguardia.

Nondimeno, la evidenziata causa di esclusione dall'accesso viene meno allorchè il concorrente dimostri che l'ostensione documentale è finalizzata alla difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto.

Ne consegue che, 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 (Consiglio di Stato, sez. V, ord. 27 marzo 2020, n. 2150).

In definitiva, 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 (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 30 luglio 2020, n. 5856).