

Segretezza dell'offerta: la regola e l'eccezione

Scritto da Interdata Cuzzola | 05/02/2025

Come ricordato dal TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, nella sent. 30 gennaio 2025, n. 2051, per quanto concerne gli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti della graduatoria, il Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) contempla: a) una "regola"; b) una "eccezione"; c) una "eccezione all'eccezione" (che fa dunque riespandere la "regola").

Nel dettaglio:

1. a) la "regola" è che a tali operatori «sono resi reciprocamente disponibili, attraverso la [piattaforma di approvvigionamento digitale di cui all'articolo 25 utilizzata dalla stazione appaltante o dall'ente concedente], gli atti di cui al comma 1 [e.: i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione], nonché le offerte dagli stessi presentate» (art. 36, comma 2, d.lgs. 36/2023);
2. b) la "eccezione" è che la stazione appaltante o l'ente concedente proceda, su richiesta degli operatori interessati, all'oscuramento delle «informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali» (art. 35, comma 4, lett. a), così come richiamato dall'art. 36, comma 3, d.lgs. 36/2023, secondo cui «nella comunicazione [digitale dell'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 90], la stazione appaltante o l'ente concedente dà anche atto delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte di cui ai commi 1 e 2, indicate dagli operatori ai sensi dell'art. 35, comma 4, lettera a)»;
3. c) l'"eccezione all'eccezione" è che, anche in presenza di segreti tecnici o commerciali, dev'essere comunque «consentito l'accesso al concorrente, se indispensabile ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi giuridici rappresentati in relazione alla procedura di gara» (art. 35, comma 5, d.lgs. 36/2023).

L'"eccezione all'eccezione", dunque, si pone allorché la stazione appaltante o l'ente concedente ritenga che si sia in presenza di un segreto tecnico o commerciale nei sensi indicati da uno degli operatori collocatisi nei primi cinque posti, provvedendo perciò al relativo oscuramento e, tuttavia, un altro di tali operatori ritenga indispensabile, per l'esercizio del proprio diritto di difesa, prendere visione di quanto oscurato. È in questa specifica ipotesi che ha ragione di porsi il dubbio di compatibilità euro-unitaria manifestato dal Consiglio di Stato, poiché in tal caso:

- secondo il diritto italiano, il conflitto va inderogabilmente risolto in favore del diritto di difesa consentendo l'accesso alla documentazione pur contenente segreti tecnici o commerciali;
- secondo il diritto dell'Unione Europea potrebbe invece essere necessario mettere in atto modalità bilanciamento che tengano conto anche dell'esigenza di non divulgare i segreti tecnici o commerciali.

Risulta differente l'ipotesi in cui un operatore economico richieda l'oscuramento per ragioni di tutela dei segreti tecnici o commerciali e la stazione appaltante o l'ente concedente ritenga - in tutto o in parte - insussistenti tali ragioni: in un caso del genere l'oggetto del contendere verte esclusivamente

sulla configurabilità di un segreto tecnico o commerciale, che è il presupposto affinché operi la “eccezione” alla “regola”.

Ove detto presupposto non sia configurabile, deve necessariamente operare la “regola” (della reciproca messa a disposizione delle offerte fra i primi cinque classificati) senza che assuma, a tal fine, alcuna rilevanza che non vi siano altrui interessi difensivi da tutelare.

In altri termini, in assenza di un segreto tecnico o commerciale, la “regola” opera per forza propria e non per il tramite della “eccezione alla eccezione”, sicché quest’ultima non viene in rilievo.

Va precisato che, per converso, l’assenza di altrui interessi difensivi non può di per sé legittimare la pretesa, da parte di uno dei concorrenti collocatisi fra il secondo e il quinto posto, che la propria offerta non sia messa a disposizione degli altri primi cinque classificati, in quanto ciò stravolgerebbe la “regola” posta dall’art. 36, comma 2, d.lgs. 36/2023, la cui *ratio* – così come resa manifesta dalla Relazione al codice – sta nel «*ridurre i tempi dell’eventuale contenzioso che può venirsi a creare rispetto alla procedura di gara*», consentendo ai menzionati concorrenti di «*orientarsi immediatamente se impugnare gli atti di gara oppure no*».

Dal momento che il legislatore ha inteso effettuare un bilanciamento, nei sensi sopra esposti, fra le esigenze di speditezza del contenzioso vertente sulle gare pubbliche e di riservatezza delle offerte, la realizzazione di tale bilanciamento dev’essere assicurata in sede applicativa: ne deriva che la riservatezza fra i primi cinque concorrenti non può operare oltre il limite della effettiva (e non meramente affermata) sussistenza di segreti tecnici e commerciali.