

Roberto GAROFOLI

Giulia FERRARI

Manuale *dei* **CONTRATTI** **PUBBLICI**

con

**Formule del Processo dei contratti
pubblici, scaricabili ed editabili *online***

- Analisi di tutti gli aspetti della nuova disciplina
- Raffronto con il vecchio Codice
- Illustrazione dei problemi interpretativi
- Ricostruzione degli **indirizzi giurisprudenziali** emersi sul Codice del 2023
- Ricchissimo indice analitico

IV Edizione **2024**



Neldiritto
Editore

prevalere l'accesso difensivo, trova un campo di applicazione più limitato rispetto a quanto generalmente previsto dall'art. 24, co. 7, l. n. 241 del 1990, in tema di criteri di soluzione del conflitto tra accesso difensivo e riservatezza.

In primo luogo, infatti, la prevalenza dell'accesso difensivo è prevista dall'art. 35, co. 5, del nuovo Codice (al pari di quanto disponeva l'art. 53, co. 6, d.lgs. n. 50 del 2016) solo a condizione che l'istanza ostensiva sia presentata dal “*concorrente*” che abbia partecipato alla gara e che abbia intrapreso, quindi, ovvero debba intraprendere un giudizio avente ad oggetto la procedura di gara cui l'istanza di accesso si riferisce: il soggetto che non ha partecipato alla gara non vanta un interesse differenziato alla conoscenza dei relativi atti e, pertanto, non può considerarsi legittimato all'accesso. Inoltre, l'istanza ostensiva deve essere fondata non su una generica esigenza difensiva, ma sulla necessità di attendere alla “*difesa in giudizio*”, per quanto quest'ultima debba intendersi come comprensiva non solo della tutela impugnatoria a fini caducatori, ma anche di quella risarcitoria, se del caso da proporre in forma autonoma².

Concludendo, l'art. 35 del nuovo Codice, se da un lato richiama, per gli atti delle procedure di affidamento ed esecuzione, la generale disciplina sull'accesso *classico* dettata dalla l. n. 241 del 1990, dall'altro, introduce significative deroghe.

Il rapporto tra la normativa generale in tema di accesso e quella particolare dettata in materia di contratti pubblici non si pone, quindi, in termini di accentuata differenziazione, ma piuttosto di complementarità, nel senso che le disposizioni contenute nella disciplina della l. n. 241 del 1990 devono trovare applicazione tutte le volte in cui non si rinvengono disposizioni derogatorie nel Codice dei contratti.

3.1. La nozione di segreto e la distribuzione degli oneri probatori: prime applicazioni giurisprudenziali (Tar Lazio, 26 febbraio 2024, n. 3811).

Importanti chiarimenti sono stati di recente svolti in giurisprudenza in merito alla nozione stessa di segreto cui ha riguardo la disciplina in tema di accesso agli atti di gara, oltre che con riguardo

Quanto all'*ubi consistam* del segreto industriale o commerciale, sotto la vigenza dell'art. 53, co. 6, d.lgs. n. 50 del 2016, Cons. St., A. Plen., 2 aprile 2020, n. 10, ha affermato che la disciplina dettata in tema di accesso “*è posta a tutela della riservatezza aziendale, al fine di evitare che gli operatori economici in diretta concorrenza si servano dell'accesso per acquisire informazioni riservate sul know-how del concorrente, costituenti segreti tecnici e commerciali, e ottenere così un indebito vantaggio e ha una natura assoluta perché, nel bilanciamento tra gli opposti interessi, il legislatore ha privilegiato quello, prevalente, della riservatezza, a tutela di un leale gioco concorrenziale, delle caratteristiche essenziali dell'offerta quali beni essenziali per lo sviluppo e per la stessa competizione qualitativa, che sono prodotto patrimoniale della capacità ideativa o acquisitiva della singola impresa* (Cons. St., sez. V, 7 gennaio 2020, n. 64), *salva la necessità, per un altro concorrente, di difendersi in giudizio, unica eccezione all'eccezione ammessa*”. Più di recente, T.a.r. Lazio 26 febbraio 2024, n. 3811, ha chiarito che “*una lettura*

² In termini, sotto la vigenza dell'art. 53, co. 6, d.lgs. n. 50 del 2016, T.a.r. Valle d'Aosta 5 giugno 2017, n. 34.

evolutiva della nozione di segreto tecnico e commerciale contenuta nell'art. 53, co. 5, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016 (e, oggi, nell'art. 35, co.4, lett. a), d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36) non può non tener conto, da un lato, del valore patrimoniale ormai riconosciuto alla contigua categoria dei "dati personali" in ambito consumeristico (v. art. 135-octies, co. 4, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, introdotto dal d.lgs. 4 novembre 2021, n. 173) e, dall'altro, del rafforzamento della tutela del know-how per effetto del d.lgs. 11 maggio 2018, n. 63, che ha, tra l'altro, sia previsto la fattispecie colposa dell'illecita acquisizione o utilizzazione dei segreti industriali sia arricchito gli strumenti di tutela processuale del segreto mediante l'attribuzione al giudice del potere di inibirne la divulgazione ad ogni soggetto a vario titolo coinvolto nel giudizio (v. i nuovi artt. 99 e 121-ter, d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30). Lo stesso T.a.r. Lazio 26 febbraio 2024 n. 3811, ha richiamato al riguardo la giurisprudenza della Corte di Cassazione che, nel ricostruire la nozione di know-how, lo ha definito come quel "patrimonio cognitivo e organizzativo necessario per la costruzione, l'esercizio, la manutenzione di un apparato industriale (sez. V, n. 25008 del 18 maggio 2001, Rv. 219471). Ci si riferisce, con tale espressione, a una tecnica, o una prassi o, oggi, prevalentemente, a una informazione, e, in via sintetica, all'intero patrimonio di conoscenze di un'impresa, frutto di esperienze e ricerca accumulate negli anni, e capace di assicurare all'impresa un vantaggio competitivo, e quindi un'aspettativa di un maggiore profitto economico. Si tratta di un patrimonio di conoscenze il cui valore economico è parametrato all'ammontare degli investimenti (spesso cospicui) richiesti per la sua acquisizione e al vantaggio concorrenziale che da esso deriva, in termini di minori costi futuri o maggiore appetibilità dei prodotti. Esso si traduce, in ultima analisi, nella capacità dell'impresa di restare sul mercato e far fronte alla concorrenza. L'informazione tutelata dalla norma in questione è, dunque, un'informazione dotata di un valore strategico per l'impresa, dalla cui tutela può dipendere la sopravvivenza stessa dell'impresa" (Cass. pen., sez. V, 4 giugno 2020, n. 16975)".

Quanto invece alla distribuzione dell'onere probatorio nel processo amministrativo in tema di accesso agli atti di gara, è stato chiarito da T.a.r. Lazio 26 febbraio 2024, n. 3811, che spetta al richiedente provare, anche in via indiziaria, che non è possibile difendere i propri interessi se non con la disponibilità delle informazioni riservate; senza che generici riferimenti "a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive" siano sufficienti per entrare in possesso del know-how altrui (in termini, Cons. St., sez. V, ord., 24 gennaio 2023, n. 787).

Secondo Cons. St., sez. V, ord., 24 gennaio 2023, n. 787, infatti, la "valutazione di stretta indispensabilità" è il criterio destinato a regolare il rapporto tra accesso difensivo e tutela della segretezza industriale e commerciale, richiedendo un "motivato vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare".

Deve quindi, ad avviso del Consiglio di Stato, trovare conferma "la tesi di maggior rigore secondo cui deve esservi un giudizio di stretto collegamento (o nesso di strumentalità necessaria) tra documentazione richiesta e situazione finale controversa": la parte interessata, in tale ottica, deve comprovare in modo intelligibile il collegamento sussistente tra la documentazione richiesta e le proprie difese. In caso contrario, ci si troverebbe infatti al cospetto di un "tentativo

“meramente esplorativo” di conoscere tutta la documentazione versata agli atti di gara”, come tale inammissibile.

È quindi onere: dell'istante, indicare e dimostrare l'esistenza del descritto nesso di strumentalità tra le informazioni richieste e la loro proficua spendibilità in giudizio; delle imprese controinteressate, allegare e provare prevalenti esigenze di tutela del segreto.

Secondo T.a.r. Lazio 26 febbraio 2024, n. 3811, in particolare, *“la pubblica amministrazione che riceve l'istanza di accesso e l'opposizione dei controinteressati – ovvero, in caso di ricorso avverso le determinazioni assunte, il giudice amministrativo – deve verificare, pertanto, che i controinteressati abbiano (innanzitutto) allegato e, poi, provato fatti indicativi dei possibili pregiudizi arrecati ad uno dei beni immateriali di cui all'art. 98 del d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 98, dall'accoglimento dell'istanza di accesso, e che l'istante abbia, invece, quantomeno fornito un principio di prova circa l'utilità della documentazione alla difesa in giudizio dei propri interessi, anche ricorrendo all'allegazione di elementi induttivi, ma testualmente espressi, univocamente connessi alla “conoscenza” necessaria alla linea difensiva e logicamente intellegibili in termini di consequenzialità rispetto alle deduzioni difensive potenzialmente esplicabili”*.

Sempre secondo T.a.r. Lazio 26 febbraio 2024, n. 3811, *“è possibile, tuttavia, che la particolare struttura del disciplinare di gara avalli inferenze di tipo presuntivo circa la presenza nelle offerte di segreti tecnici e commerciali che attenuano l'onere probatorio concretamente richiesto ai controinteressati. Nelle fattispecie, infatti, in cui la griglia di valutazione predisposta dalla stazione appaltante ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa esalta, in termini di premialità, le abilità organizzative, gestionali e informatiche dei concorrenti, promuovendo un confronto sulla qualità dei progetti e l'originalità delle soluzioni proposte e richiedendo, quindi, agli operatori economici partecipanti un evidente sforzo inventivo e la correlata attività di investimento necessario a realizzarlo, la prova circa l'esistenza del segreto, almeno in quella parte dell'offerta tecnica in cui vengono illustrati gli aspetti più direttamente espressivi dell'identità dell'impresa, può ritenersi “alleggerita”, in quanto la partecipazione ad una procedura così impostata sollecita, inevitabilmente, in ogni partecipante la proposta di modelli rappresentativi del suo peculiare know-how. La motivazione a giustificazione della tutela del segreto tecnico e commerciale può essere, pertanto, tratta anche per relationem dalla consultazione dei documenti di gara, laddove i profili oggetto di scrutinio da parte della commissione giudicatrice identificano il tipo di informazioni aziendali che l'operatore economico rende visibili con la partecipazione alla competizione e, quindi, il livello di intrusione nei propri affari che subisce in caso di accesso”*.

4. L'accesso digitale (artt. 35, co. 1, e 36, co. 1, 2 e 3).

L'art. 36 del nuovo Codice disciplina in modo innovativo l'**ostensione in piattaforma** di alcuni atti delle procedure di affidamento in favore di taluni dei partecipanti alle procedure stesse.

Come chiarito nella Relazione allo schema di Codice licenziato dal Consiglio di Stato, la circostanza che la gara sia svolta su piattaforma di *e-procurement* alla quale