

Il Consiglio di stato allarga la platea dei soggetti tutelati se vi sono interessi qualificati

Gare, trasparenza per tutti

Documenti in copia anche a chi non partecipa all'appalto

Pagina a cura
di ANTONIO CICCIA

Appalti più trasparenti per tutti. Anche chi non ha partecipato alla gara può avere la copia dei documenti presentati dall'aggiudicatario. E non solo di quelli amministrativi sui requisiti di partecipazione, ma anche sui progetti relativi alle offerte tecniche. La giurisprudenza del Consiglio di stato (sez. VI n. 110/2012, si veda *ItaliaOggi* del 16 gennaio 2013) apre le porte a tutti, purché portatori di un interesse qualificato, senza riserva per le imprese concorrenti, nonostante il codice degli appalti sembri favorire i concorrenti alla gara a discapito degli altri.

Il problema è se deve ritenersi vincente la trasparenza degli atti che riguardano procedure pubbliche o se, invece, debba darsi prevalenza all'esigenza delle imprese di tenere segrete e riservate le informazioni sui processi produttivi, organizzazione del

lavoro, know how e caratteristiche dei propri prodotti e servizi.

Non rappresenta un paradosso pensare a una strumentalizzazione delle disposizioni sulla trasparenza per lo scopo di copiare servizi, prodotti o progetti da proporre sul mercato, magari in altre pubbliche gare.

L'articolo 13 del codice dei contratti cerca di bilanciare gli opposti interessi. D'altra parte lo stesso Consiglio di stato, nella sentenza citata, ricorda che l'articolo 13 del Codice dei contratti contiene specifiche previsioni in materia di accesso ai documenti di gara, e prescrive l'inaccessibilità o l'accessibilità riservata ai soli ricorrenti, i documenti che costituiscono, con motivata e comprovata dichiarazione degli offerenti, segreti tecnici o commerciali.

Tuttavia, osservano i giudici di Palazzo Spada, l'articolo 13 del Codice degli appalti fa espresso rinvio alla legge n. 241 del 1990 ed in particolare dall'articolo 24, per il quale



spetta ai richiedenti l'accesso ai documenti la cui conoscenza è necessaria per curare o difendere i propri interessi giuridici.

Inoltre si legge nella sentenza «la tutela del diritto di accesso assicura la trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione, indipendentemente dall'effettiva lesione di una determinata situazione di diritto

oggettivo o di interesse legittimo»: come dire anche chi non ha partecipato alla gara può vantare un interesse (qualificato) ad acquisire la documentazione.

Nel caso specifico si è trattato di una società che ha attivato un ricorso parallelo per impugnare la gara, alla quale non ha potuto partecipare.

La trasparenza si estende al massimo e ne beneficia

anche un soggetto che non è stato concorrente nella procedura di appalto.

L'orientamento del Consiglio di stato è significativo in quanto supera un precedente indirizzo contrario. Il Tar Lazio Roma, sentenza Sez. III-ter, 10/5/2011, n. 4081 ha sostenuto che il comma 6 dell'articolo 13 del codice degli appalti consente l'accesso agli atti coperti da segreti tecnici e commerciali, contenuti nelle offerte, riservandolo, però «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». Secondo il Tar Lazio l'articolo 13 collega l'interesse all'accesso alla posizione giuridica non di chiunque vi abbia interesse, ma del solo concorrente che abbia intrapreso un giudizio avente ad oggetto la procedura di gara in cui l'istanza di accesso è formulata.

© Riproduzione riservata

Limitazioni all'accesso per evitare pressioni o accordi illegittimi

L'articolo 13 del codice degli appalti prevede una disciplina ad hoc, pur richiamando le regole generali della legge 241/1990.

Innanzitutto la norma stabilisce un rinvio dell'accesso a determinate fasi della procedura. Nel dettaglio il diritto di accesso è differito: nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime nelle procedure ristrette e negoziate, e in ogni ipotesi di gara informale, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare.

Inoltre si verifica il differimento, in relazione alle offerte, fino all'approvazione dell'aggiudicazione e, in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione definitiva. Le limitazioni all'accesso hanno l'obiettivo di preservare la correttezza della gara ed evitare accordi illegittimi o pressioni indebite.

Altra limitazione è rappresentata dai casi di esclusione del diritto di accesso. L'accesso e ogni forma di divulgazione sono vietati in relazione alle informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscono, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali; a eventuali ulteriori aspetti riservati delle offerte, da individuarsi in sede di regolamento; ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici; alle relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto.

C'è però un'eccezione al divieto di accesso ai segreti tecnici e commerciali e agli aspetti riservati delle offerte: lo stesso articolo 13 del codice appalti prevede che «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». Quest'ultima disposizione sembra limitare l'accesso alle offerte (motivato dal diritto di difesa) al solo concorrente, e non a terzi. Ma è su questo punto che la giurisprudenza amministrativa mostra un'apertura a una maggiore trasparenza.

© Riproduzione riservata

Resta protetto il know how industriale e commerciale

Nelle gare pubbliche va tutelato anche il know how aziendale.

Non può, infatti, di regola essere data copia della documentazione sul know how industriale e commerciale contenute nelle offerte delle imprese partecipanti. Questo per evitare che operatori economici in diretta concorrenza tra loro possano utilizzare l'accesso per giovare delle specifiche conoscenze possedute da altri al fine di conseguire un indebito vantaggio commerciale all'interno del mercato. Anche in questo caso, però, è consentito l'accesso al concorrente (ma anche ai terzi portatori di un interesse qualificato stando all'ultimo orientamento del consiglio di stato) che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi (Tar Lazio Roma Sez. III, 21/3/2011, n. 2422).

Tra l'altro le imprese non devono dimenticare che per stendere un velo sulle proprie informazioni riservate devono farlo presente alla stazione appaltante: quando gli atti di gara cui l'interessato chieda di avere accesso concernano informazioni fornite dall'azienda partecipante nell'ambito dell'offerta, ma costituiscono nel contempo segreti tecnici o commerciali della stessa, l'esclusione del diritto di visionare ed estrarre copia degli atti amministrativi trova applicazione solo a condizione che l'impresa cui le informazioni si riferiscono abbia manifestato il proprio interesse alla non divulgazione delle stesse (Cons. di stato Sez. VI sent., 19/10/2009, n. 6393).

E le imprese non devono neppure dimenticare che a loro carico sussiste l'onere della prova della segretezza o riservatezza delle informazioni inserite nelle offerte presentate nelle gare pubbliche.

Il Codice degli appalti, spiega il Consiglio di stato (sentenza Sez. V, 21/11/2011, n. 6136), nel prevedere l'esclusione dall'accesso per «le informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime», esige a tal fine che le medesime integrino segreti tecnici o commerciali «secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente». Quindi l'esclusione dall'accesso opera solo se il concorrente interessato adempie allo specifico onere di fornire motivata dichiarazione comprovante che effettivamente siano in questione informazioni integranti segreti tecnici o commerciali.

E comprovare non significa solo affermare, ma significa spiegare le ragioni per le quali si può parlare di segreto o riservatezza aziendale. Residua alla stazione appaltante anche una valutazione relativa alla congruità della motivazione e anche sull'idoneità delle giustificazioni. Anche un parere legale acquisito dalla stazione appaltante può essere acquisito. Purché il parere si riferisca ad una fase endoprocedimentale amministrativa (per esempio, al fine dell'adozione di successivi provvedimenti, che vi fanno espresso riferimento) e non riguardi una lite in atto o potenziale, ovvero una fase precontenziosa (Cons. di stato Sez. V, 23/6/2011, n. 3812).

© Riproduzione riservata