

# Accesso agli atti e tutela della riservatezza nelle gare d'appalto

**Autore:** Gurrieri Aldo

**In:** Diritto amministrativo

L'Art. 13/1° comma del Codice degli appalti pubblici (D. Lgs. 163/06), recante rubrica "Accesso agli atti e divieti di divulgazione", prescrive: "Salvo quanto espressamente previsto nel presente codice, il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, e' disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni".

Detta norma sancisce il principio secondo cui, in materia di accesso a documenti utilizzati in procedimenti di affidamento di appalti pubblici, le norme contenute nel D. Lgs. 163/06 costituiscono disciplina speciale in rapporto alle previsioni contenute nella legge sul procedimento amministrativo (la L. 241/90), che trovano applicazione in via generale.

L'art. 13/5° comma del Codice degli appalti pubblici prevede tra l'altro: "Sono esclusi

il  
diritto  
di  
accesso  
e  
ogni forma di divulgazione in relazione: a) alle  
informazioni  
fornite  
dagli offerenti nell'ambito delle offerte  
ovvero  
a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo  
motivata  
e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali;.....”.

La norma affronta la questione del rapporto tra l'accesso agli atti di gara e la tutela della riservatezza dei concorrenti, che nello specifico ambito degli appalti pubblici trova uno degli aspetti più rilevanti nella riservatezza dei c.d. “segreti industriali”.

Al riguardo detto 5° comma sancisce una posizione normativa di privilegio della tutela dei segreti industriali a scapito delle esigenze di trasparenza relative alle documentazioni di gara; nel conflitto tra i suddetti contrapposti interessi, il legislatore del codice degli appalti opera un contemperamento volto, prioritariamente, a garantire la protezione del know-how imprenditoriale, in quanto esigenza caratterizzante in via peculiare e preponderante quel particolare ambito del diritto amministrativo rappresentato dal settore degli appalti pubblici.

L'Art. 13/6° comma del Codice degli appalti pubblici prevede: “In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettere a) e b), e' 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”.

A questo punto è necessario soffermarsi sull'altra norma che disciplina lo stesso argomento in seno alla legge generale: l'art. 24 della L. 241/90, il cui comma 6 lett. d) prevede la tutela della riservatezza, in linea di principio generale, come prioritaria rispetto alla tutela del diritto di accedere agli atti, sancendo la limitazione del diritto di accesso (rectius: disponendo la facoltà del Governo di prevedere, con Regolamento, la sottrazione all'accesso di documenti amministrativi) a tutela di interessi di riservatezza riconducibili alle attività tecniche e commerciali delle imprese; tuttavia il comma 7 dello stesso art. 24 prevede, nelle medesime fattispecie, la prevalenza del diritto all'accesso qualora quest'ultimo sia finalizzato alla cura o difesa di interessi giuridici.

Dal confronto tra le due norme si rileva che: da un lato l'art. 13 comma 6 - D. Lgs. 163/06 e l'art. 24 commi 6 e 7 - L. 241/90 presentano contenuto analogo; d'altro lato sussistono rilevanti differenze.

In questa sede si vuole illustrare il rapporto tra le due norme testé citate, al fine di rilevare due peculiarità non di poco conto, con riferimento all'accesso relativo a documenti contenenti "segreti industriali" e utilizzati nell'ambito di procedure di affidamento di appalti pubblici.

Il primo aspetto riguarda la portata della deroga alla tutela della riservatezza.

L'art. 13 comma 6, in deroga ai casi di esclusione citati dal comma 5, sancisce l'ammissibilità dell'accesso agli atti sulla base di un presupposto molto peculiare, quale la necessità della "difesa in giudizio", e non di un presupposto più ampio e generico come quello dell'esigenza di "curare i propri interessi giuridici" previsto dall'art. 24 comma 7 della L. 241/90. Quindi la norma del codice degli appalti, che come ricordato in premessa, è norma speciale rispetto alle norme della "legge sul procedimento amministrativo", innanzitutto prevede, allo stesso modo della L. 241/90, una deroga alla tutela della riservatezza; in secondo luogo però fonda tale deroga su un presupposto dall'ambito di applicazione più ristretto (rispetto a quanto prospettato dalla 241/90), ammettendo l'accesso soltanto qualora la cura degli interessi giuridici consista nel sostenere le proprie ragioni nell'ambito di un contenzioso giudiziario e quindi -argomentando a contrario- escludendo qualsiasi altra possibile situazione giuridica, seppur in generale meritevole di tutela.

In tal modo il legislatore del codice degli appalti ottiene due obiettivi:

a) garantisce l'osservanza dell'art. 24 Cost. e quindi la conformità alla Costituzione della norma in questione (art. 13 comma 6), senza sacrificare eccessivamente le ragioni di riservatezza industriale degli operatori economici. Infatti, con l'attuale testo dell'art. 13 comma 6, la riservatezza degli interessi (come descritti avanti sub "b") degli operatori economici partecipanti ad un procedimento amministrativo diretto all'affidamento di un appalto pubblico, è derogata soltanto nella misura minima indispensabile per garantire l'attuazione del principio costituzionale di inviolabilità del diritto alla difesa e non si estende oltre tale ristretto limite, come invece avviene per i procedimenti amministrativi in genere (ex art. 24 comma 7 - L. 241/90);

b) garantisce al massimo i meccanismi fondamentali del mercato, tutelando l'interesse degli operatori economici alla non divulgazione di tutti quegli aspetti tecnologici, produttivi, commerciali e organizzativi caratterizzanti i punti di forza e di debolezza delle imprese nel confronto concorrenziale e che consentono una presenza competitiva nel mercato. In tal modo il legislatore del codice garantisce, indirettamente, la realizzazione di obiettivi fondamentali della procedura ad evidenza pubblica, quali l'ampia partecipazione e il più ampio dispiegamento della concorrenza.

Il secondo aspetto riguarda le effettive modalità di attuazione dell'accesso consentito in deroga alla tutela della riservatezza di segreti industriali.

Successivamente all'assenso all'accesso si pone, infatti, un problema pratico: secondo quali modalità è più opportuno che il richiedente acceda ai documenti di gara?

Tale peculiare aspetto è stato disciplinato dal d.P.R. 352/92 ("Regolamento per la disciplina delle modalità di esercizio e dei casi di esclusione del diritto di accesso ai documenti amministrativi") il cui art. 8, recante rubrica "Disciplina dei casi di esclusione", al 5° comma prevede: "....."

nell'ambito dei criteri di cui ai commi 2,3, e 4 i documenti amministrativi possono essere sottratti all'accesso: a)

..... b)

..... c) ..... d) quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, di persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono. Deve comunque essere garantita ai richiedenti la visione degli atti dei procedimenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro stessi interessi giuridici".

Alla base di questa norma regolamentare risiede la seguente ratio: evitare la riproduzione materiale del documento è il modo migliore per evitare una maggiore diffusione delle informazioni contenute negli atti oggetto di accesso; pertanto l'equo bilanciamento degli interessi coinvolti si sostanzia in una soluzione pratica intermedia che identifica nella specifica modalità di accesso limitata alla sola visione lo strumento più opportuno per: a) garantire la riservatezza volta alla tutela del know-how, da una parte; b) non sacrificare il diritto di accesso alle documentazioni di gara e la correlata tutela di interessi giuridici, dall'altra.

La riforma operata dalla L. 15/05 ha indotto taluni a ritenere che la nuova formulazione dell'art. 22 della L. 241/90 riformata non consente più di annoverare il meccanismo della "mera visione" tra le modalità di accesso agli atti. Questa opinione si concreta nel seguente assunto: "il diritto di accesso ai documenti deve essere sempre garantito in forma piena, col che si intende: mediante estrazione di copia e non tramite la sola visione". Detta opinione è fondata principalmente sulla sentenza 767/07 del TAR Toscana-Sez. II, ove testualmente è riportato: ".....il diritto d'accesso agli atti è diritto che si esercita mediante esame ed

estrazione di copia dei documenti, ai sensi dell'art. 25 - L. 241/90, e che non si soddisfa con il consentire soltanto la visione (anche in virtù della testuale espressione dell'art. 22/1° c. lett. A della L. 241 novellata).....”.

Il presente intervento (dopo avere rilevato che il principio appena esposto è stato pronunciato dal giudice amministrativo solo incidentalmente in seno a motivazioni inerenti l'oggetto del ricorso di specie, che verte, in via principale, su tutt'altra questione!) vuole proporre una diversa interpretazione: la nuova formulazione dell'art. 22 - L. 241/90 non apporta alcuna novità in ordine alle concrete modalità di accesso agli atti di gara. La problematica delle effettive modalità di accesso finalizzate al giusto temperamento tra i diversi interessi coinvolti “riservatezza - accesso”, come sopra illustrata, continua ad essere disciplinata a livello regolamentare, seppur nell'ambito della cornice normativa di livello primario definita dall'art. 13 - D. Lgs. 163/06 e dal Capo V - L. 241/90 (come novellata ad opera della L. 15/05). Pertanto la norma di riferimento, per decidere secondo quali modalità è opportuno consentire in concreto l'accesso agli atti di gara, non va ricercata nella Legge, bensì nel Regolamento governativo per l'attuazione del diritto di accesso, che recentemente è stato emanato, in nuova versione adeguata alla riforma del 2005, tramite il d.P.R. 184/06 (“Regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi”), peraltro emanato contemporaneamente al codice degli appalti!

A questo punto si deve volgere l'attenzione al rapporto tra il “vecchio” e il “nuovo” regolamento.

L'art. 15 del d.P.R. 184/06 ha abrogato il d.P.R. 352/92 quasi integralmente: “Dalla data di entrata in vigore del presente regolamento sono abrogati gli articoli da 1 a 7 e 9 e seguenti del decreto del Presidente della Repubblica 27 giugno 1992, n. 352. E' altresì abrogato l'articolo 8 di detto decreto dalla data entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 24, comma 6, della legge (la 241/90 come modificata dalla 15/05)”.

Detto art. 15 va letto in combinato disposto con l'art. 14 dello stesso provvedimento: “Il diritto di accesso non può essere negato o differito, se non nei casi previsti dalla legge, nonché in via transitoria in quelli di cui all'articolo 8 del decreto del Presidente della Repubblica 27 giugno 1992, n. 352, e agli altri atti emanati in base ad esso”.

Dalla lettera delle due nuove norme regolamentari testé riportate risulta:

1) che l'unica norma del vecchio regolamento sull'accesso agli atti rimasta in vigore è proprio l'art. 8 (più precisamente l'attuale operatività di detto articolo 8 è conseguenza della mancata emanazione di un ulteriore regolamento governativo specificamente dedicato alle cause di esclusione).

2) che l'art. 8 - d.P.R. 352/92 continua a regolamentare espressamente i casi di esclusione ed ammissione del diritto di accesso, fino alla disciplina delle concrete modalità di accesso ai documenti.

Tanto premesso, la conclusione che si viene a proporre si fonda su un complesso quadro normativo,

costituito dai seguenti punti di riferimento (di rango sia primario che secondario):

-capo V della L. 241/90 e s.m.i.;

-art. 13 commi 5 e 6 del  
D. Lgs. 163/06 e s.m.i.;

-artt. 14 e 15 del d.P.R. 184/06;

-art. 8 comma 5 lett. d) del d.P.R. 352/92.

Alla luce di tutte le considerazioni esposte si può affermare che:

∅

in generale i documenti amministrativi sono sottratti all'accesso quando riguardano la riservatezza di persone giuridiche/gruppi/imprese/associazioni, relativamente ad interessi di natura "industriale" (cioè interessi di tipo professionale, finanziario, organizzativo, tecnico e commerciale) di cui siano in concreto titolari, anche qualora i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono (il che è quanto avviene normalmente quando le imprese partecipano alle gare d'appalto);

∅

con riferimento alle procedure di gara per l'affidamento di appalti pubblici e, più particolarmente, con riferimento agli atti contenenti informazioni che costituiscono (secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente) segreti industriali, e' comunque consentito l'accesso, ma solo alle seguenti condizioni:

- soltanto al concorrente che lo chieda in vista della difesa  
in  
giudizio dei  
propri  
interessi;

- soltanto se il procedimento di contenzioso giudiziario (potenziale o in atto), in funzione del quale viene prodotta l'istanza di accesso, si riferisce direttamente alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la suddetta richiesta;

- soltanto nella forma della mera visione;

∅

la modalità di attuazione dell'accesso consistente nell'estrazione di copia dei documenti, invece, è consentita con riferimento a tutti gli atti non contenenti informazioni qualificabili come "segreti industriali", nel qual caso non necessitano presupposti stringenti (come quelli inerenti alla difesa in giudizio), bensì sarà sufficiente il presupposto di cui alla norma generale dell'art. 22 comma 1 lett. b) della L. 241/90, consistente nella sussistenza di un interesse diretto, concreto ed attuale (corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso) alla conoscenza degli atti inerenti ad un determinato procedimento amministrativo.

Dott. Aldo Gurrieri

<https://www.diritto.it/accesso-agli-atti-e-tutela-della-riservatezza-nelle-gare-d-appalto/>