

## Diritto di accesso agli atti di una gara secretata

di Antonietta Sgobba

Data di pubblicazione: 29-5-2017

1. In mancanza, all'interno del nuovo Codice dei contratti pubblici, di previsioni di rilievo in materia di accesso agli atti relativi ad appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, spetta all'interprete il compito di stabilire se e come possa essere esercitato il diritto d'accesso.

2. Ai fini dell'accesso agli atti di appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure, di sicurezza occorre svolgere un'opera di bilanciamento tra l'interesse alla non divulgazione di notizie sensibili e il diritto di difesa, garantito dall'art. 24 Cost., al cui esercizio l'accesso è finalizzato.

### Guida alla lettura

Nel sistema previgente la disciplina in materia di diritto di accesso e riservatezza era contenuta nell'art. 13 del D. Lgs. n. 163/2006.

Trattavasi di disciplina speciale rispetto alla quale le previsioni di cui alla L. n. 241/1990, in quanto riferite alla generalità dell'azione amministrativa, assumevano connotazione essenzialmente residuale<sup>[1]</sup>.

Il suindicato art. 13 prevedeva, per talune tassative ipotesi, la possibilità di differire l'accesso agli atti di gara ad un momento in cui il suo esercizio non avrebbe potuto nuocere e/o influire negativamente sul regolare svolgimento della gara (cfr. art. 13, comma 2), nonché la possibilità di vietare la divulgazione degli atti di gara, onde salvaguardare il diritto di riservatezza dei partecipanti alle procedure di affidamento e dei soggetti privati che avevano contribuito alla formazione di tali atti (cfr. art. 13, comma 5). <sup>[2]</sup>

Attualmente, in materia di contratti pubblici, il diritto di accesso e di riservatezza è disciplinato dall'art. 53 del D. Lgs. n. 50/2016, che ha soppiantato l'art. 13 del D. Lgs. n. 163/2006.

Come quest'ultimo, anche l'art. 53 contempla la possibilità di differire l'accesso agli atti di gara per assicurare che la procedura si svolga nel rispetto del principio della *par condicio*. A differenza, però, del previgente art. 13, l'art. 53 del D. Lgs. n. 50/2016 prevede

espressamente che l'inosservanza delle disposizioni impartite in materia di accesso e di riservatezza da parte dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblici servizi rileva ai fini del reato di rivelazione e di utilizzazione di segreti di ufficio di cui dell'articolo 326 del codice penale.

L'art. 53 in esame vuole essere un punto di equilibrio tra le esigenze di riservatezza e di trasparenza nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica. Ed è proprio in quest'ottica che tende a comprimere il diritto di accesso nelle fasi iniziali e *clou* della gara, salvo poi ripristinarne la fisiologica dinamica a competizione finita, fatta però espressa eccezione per le informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscono, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali; di questi ultimi, infatti, vieta la divulgazione.

Ancorché il comma 2 dell'art. 53 esordisca facendo <<salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza>>, come correttamente osservato dalla sez. I del TAR Catanzaro con la sentenza n. 830/2017, all'interno del D. Lgs. n. 50/2016 non si rivengono norme *ad hoc* sul diritto di accesso e di riservatezza per gli appalti secretati. Lo stesso art. 162, dedicato proprio ai contratti secretati, nulla dice al riguardo.

In ragione di tale vuoto normativo è, dunque, rimesso all'interprete il compito di stabilire se e come possa essere esercitato il diritto d'accesso per gli appalti in questione.

Per fare ciò, precisa il TAR con la pronuncia in commento, occorre svolgere un'opera di bilanciamento tra l'interesse alla non divulgazione di notizie sensibili e il diritto di difesa, garantito dall'art. 24 Cost..

La bontà delle conclusioni rese dal TAR è suffragata dall'art. 24, comma 5, della L. n. 241/1990, la cui applicabilità alle procedure di evidenza pubblica è sancita dall'espresso richiamo operato dall'art. 53, comma 1 del D. Lgs. n. 50/2016 agli artt. 22 e seguenti della suindicata legge.

Del resto, essendo le procedure ad evidenza pubblica basate sulla convenienza dell'offerta economica, è chiaro che le esigenze di riservatezza non potranno mai essere tali da sottrarre all'accesso dati che non siano inestricabilmente avvinti a quelli tecnici e che quindi risultino privi di caratteristiche atte a giustificarne la secretazione.

E' indubbio che il compito affidato dal TAR all'interprete è estremamente arduo e delicato.

Se, difatti, per un verso, l'esistenza di un segreto tecnico e commerciale e/o le esigenze di sicurezza non possono essere genericamente addotte quale *escamotage* per omettere in modo sistematico ed ingiustificato l'accesso agli atti di gara, per altro verso, il peculiare oggetto dell'appalto può rendere plausibile il diniego dell'accesso agli atti.

Ancora oggi, quindi, in materia di contratti pubblici, il diritto di accesso e di riservatezza costituisce un tema assai controverso, perché, specie in particolari settori, dietro una semplice

domanda di presa visione e/o di estrazione di copie degli atti gara v'è sempre il potenziale rischio che si celi l'intento di acquisire informazioni commerciali di carattere riservato che esulano dall'interesse alla comparazione delle offerte in gara.

[1] Cfr. f. caringella – p. mantini – m. giustiniani, in “*Il nuovo diritto dei contratti pubblici*”, Ed. DIKE 2016, pagg. 146 e segg.

[2] Cfr. art. 13, commi 2 e 5, D. Lgs. n. 163/2006: <<*Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti segretiati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di accesso è differito:*

a) *nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;*

b) *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;*

c) *in relazione alle offerte, fino all'approvazione dell'aggiudicazione;*

c-bis) *in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione definitiva>> (comma 2).*

<<*Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti segretiati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, 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;*

b) *a eventuali ulteriori aspetti riservati delle offerte, da individuarsi in sede di regolamento;*

c) *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;*

d) alle relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto>> (comma 5).

## **Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria**

### **(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

### **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1380 del 2016, proposto da:

Rpc Servizi Tecnologici S.p.a., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimo Oddo, domiciliata ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria di questo Tribunale Amministrativo Regionale, in Catanzaro, alla via De Gasperi, n. 76/B;

### ***contro***

Ministero della Giustizia, in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Catanzaro, domiciliato presso gli uffici di questa, in Catanzaro, alla via G. da Fiore, n. 34;

### ***nei confronti di***

RCS S.p.a., AREA S.p.a., LUTECH S.p.a. e SIO S.p.a., non costituite in giudizio;

### ***per l'accesso***

agli atti afferenti alla gara per l'assegnazione dei servizi di intercettazione conclusasi con l'affidamento degli stessi a RCS S.p.a., AREA S.p.a., LUTECH S.p.a. e SIO S.p.a. con nota del 19 settembre 2016.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della Giustizia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 maggio 2017 il dott. Francesco Tallaro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Rilevato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. – RPC Servizi Tecnologici S.p.a. ha partecipato alla gara, indetta dalla Procura della Repubblica di Catanzaro, per l'assegnazione dei servizi di intercettazione.

Essa ha domandato l'accesso agli atti di gara; quindi, poiché l'amministrazione aggiudicatrice le ha opposto un diniego tacito, si è rivolta a questo Tribunale Amministrativo Regionale, per vedersi riconosciuto il diritto di accesso.

2. – L'amministrazione intimata si è costituita con memoria di stile.

3. – Con ordinanza del 6 aprile 2017, n. 592, questo Tribunale ha ordinato l'integrazione del contraddittorio con tutti i concorrenti della gara.

Le società controinteressate, cui pure il ricorso è stato ritualmente notificato, non si sono costituite.

Successivamente, in data 19 aprile 2017, l'amministrazione resistente ha depositato copia della lettera d'invito alla procedura.

4. – Il ricorso è stato trattato nel merito e spedito in decisione alla camera di consiglio del 10 maggio 2017.

5. – Dalla lettera di invito emerge che la gara di cui si controverte è relativa a un contratto secretato di cui all'art. 162 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, codice dei contratti pubblici.

Parte ricorrente non ha impugnato la previsione della *lex specialis* di gara che ha assoggettato la gara al vincolo di segretezza.

La segretezza imposta sulla gara incide senza dubbio sul diritto d'accesso.

5.1. – Invero, l'art. 53 del codice stabilisce che:

a) salvo quanto espressamente previsto nel codice, il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 (comma 1);

b) fatta salva la disciplina prevista dal codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, è temporalmente differito l'accesso ad alcuni atti della procedura al fine di assicurare la regolarità della procedura (comma 2); così, a titolo d'esempio, l'accesso alle offerte dei concorrenti è differito sino al momento dell'aggiudicazione;

c) fatta salva la disciplina prevista dal codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione ad alcuni atti, come i pareri legali e le relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo (comma 5).

La previsione dei commi 2 e 5, che fanno salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, indurrebbe a pensare che il codice contenga previsioni specifiche per tali categorie di appalti. Invece, né l'art. 162, né altri articoli del codice contengono previsioni di rilievo sul punto.

5.2. – Spetta dunque all'interprete il compito di stabilire se e come possa essere esercitato il diritto d'accesso per gli appalti secretati.

Per fare ciò, occorre svolgere un'opera di bilanciamento tra l'interesse alla non divulgazione di notizie sensibili e il diritto di difesa, garantito dall'art. 24 Cost., al cui esercizio l'accesso è finalizzato (in via generale, sulla necessità di bilanciamento tra il diritto all'accesso e gli altri interessi contrapposti, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 19 agosto 2008, n. 3960; Cons. Stato, Sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 857; Cons. Stato, Sez. VI, 20 novembre 2013, n. 5515). Non va dimenticato – peraltro – che il legislatore si è premurato di predisporre il controllo preventivo di legittimità da parte di un organo giurisdizionale quale la Corte dei Conti.

La bontà di tali conclusioni è suffragata dall'art. 24, comma 5 l. 7 agosto 1990, n. 241, la cui applicabilità alle procedure di evidenza pubblica è sancita dall'art. 53, comma 1 del codice di contratti. Esso, infatti, evidenzia come il segreto possa precludere il diritto d'accesso solo nei limiti in cui sia necessario per garantire l'interesse a tutela del quale esso è posto.

5.3. – L'opera di bilanciamento degli interessi non può essere svolta in via generale astratta, ma va centrata sulla specifica vicenda storica all'attenzione dell'interprete.

Nel caso di specie, l'amministrazione resistente, pur costituita in giudizio, non ha dedotto specifiche ragioni per le quali tutti gli atti della procedura ad evidenza pubblica debbano ritenersi segreti.

Non va sottovalutato, inoltre, la circostanza che l'accesso è stato richiesto da uno dei partecipanti alla gara, che, avendo ricevuto la lettera di invito alla procedura, è già a conoscenza dell'oggetto dell'appalto.

5.4. – Può dunque concludersi, nel caso di specie, che l'amministrazione ricorrente debba garantire alla parte ricorrente l'accesso a tutti quegli atti che non siano suscettibili di contenere specifiche informazioni sulle modalità di prestazione dei servizi di intercettazione che verranno posti in essere nel corso della attività investigative.

Pertanto, alla RPC Servizi Tecnologici S.p.a. deve essere garantito l'accesso ai verbali di gara, nonché alla documentazione amministrativa e alle offerte economiche dei concorrenti.

In questi termini il ricorso deve essere accolto.

6. – La novità della questione e la lacunosità della normativa giustificano l'integrale compensazione delle spese e delle competenze di lite.

(omissis)