

Sul rapporto tra normativa domestica ed unionale rispetto all'integrale ostensibilità in giudizio di un'offerta tecnica corredata da segreti tecnici/commerciali. Prevale il diritto di difesa o occorre operare un bilanciamento in concreto?

di Vittoria Chiacchio

Data di pubblicazione: 12-11-2024

Il Consiglio di Stato rimette alla Corte di Giustizia dell'UE la dirimente questione pregiudiziale circa il corretto bilanciamento tra il diritto di accesso agli atti di una procedura di gara (in particolare sull'integrale ostensibilità di un'offerta tecnica) e la contrapposta esigenza di tutela dei segreti tecnici e commerciali.

Publicato il 15/10/2024

N. 08278/2024 REG.PROV.COLL.

N. 02267/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 2267 del 2024, proposto da

Nidec Asi s.p.a. e Ceisis s.p.a. Sistemi Impiantistici Integrati, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 99181479D1, rappresentati e difesi dagli avvocati Mauro Barberio e Paolo Moroni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero per gli affari europei, politiche di coesione e piano nazionale di ripresa e resilienza, non costituito in giudizio;

Autorità di Sistema portuale del Mare di Sardegna e Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Ingegneria Costruzioni Colombrita s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Scuderi e Fabrizio Belfiore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

dell'ordinanza collegiale del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (Sezione Prima) n. 193/2024, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autorità di Sistema portuale del Mare di Sardegna, Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e Ingegneria Costruzioni Colombrita s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 settembre 2024 il Cons. Sara Raffaella Molinaro e uditi per le parti gli avvocati Barbieri, in delega degli avvocati Barberio, e Moroni;

1. La controversia riguarda la gara di appalto nei settori speciali indetta dall'Autorità di Sistema portuale del Mare di Sardegna (di seguito: "Autorità"), per l'affidamento della progettazione definitiva ed esecutiva e dei lavori di costruzione e messa in esercizio di un impianto di *on-shore power supply (cold-ironing)* per l'alimentazione elettrica in MT di navi da crociera e di vario tipo in vari porti della Sardegna. L'importo a base di gara è pari a euro € 55.653.309,98.

2. Con decreto n. 473/2023 la gara è stata aggiudicata al raggruppamento formato da Nidec Asi s.p.a. e Ceisis s.p.a. (di seguito: "Nidec" o "aggiudicatario") che ha ottenuto il punteggio di 98,41, mentre l'altra partecipante alla gara, Costruzioni Colombrita s.r.l. (di seguito: "Colombrita"), ha ottenuto il punteggio di 72,41.

3. Colombrita ha presentato ricorso al Tar avverso gli atti di gara, deducendo la brevità dei tempi di valutazione delle offerte e l'irragionevolezza dei punteggi ricevuti.

4. Con il medesimo ricorso Colombrita ha formulato domanda di accesso ex art. 116 comma 2 c.p.a. e ha chiesto l'annullamento delle note 10 gennaio 2024 e 19 gennaio 2024, con le quali l'Autorità ha consentito solo parzialmente l'accesso ai documenti di gara.

5. Il Tar Sardegna, con decisione n. 193/2024, ha accolto in parte l'istanza di accesso e, per l'effetto:

- ha ordinato “(...) *l'esibizione dell'offerta tecnica e dei [curricula vitae] dei professionisti indicati in offerta da parte della Nidec (...)*”;

- non ha ordinato l'esibizione della documentazione di Nidec non compresa nell'offerta tecnica.

6. Nidec ha appellato tale decisione sull'accesso mentre Colombrita non ha proposto appello incidentale.

7. Con ordinanza n. 5617/2024 il Consiglio di Stato:

- ha respinto in parte l'appello, con riferimento all'accesso ai *curricula vitae*, che perciò resta definitivamente ammesso;

- ordinato, il deposito dell'offerta tecnica di Nidec nella sua integralità, ai soli fini della visione da parte del Collegio.

8. All'udienza camerale del 26 settembre 2024 la causa è stata trattenuta per la decisione.

I) La materia del contendere

9. Il Collegio osserva che la materia del contendere, oggetto di rimessione alla Corte di giustizia, è circoscritta alla ostensibilità o meno, dell'offerta tecnica di Nidec nella sua integralità.

II) Il procedimento amministrativo di accesso

10. Ai fini della formulazione del quesito da sottoporre alla Corte di giustizia il Collegio premette quanto segue sullo svolgimento del procedimento amministrativo di accesso:

- dopo la presentazione dell'istanza di accesso all'Autorità da parte di Colombrita, Nidec ha illustrato e motivato le esigenze di segretezza sia nel corso della gara, sia nell'ambito del procedimento di accesso, evidenziando le specifiche parti dell'offerta tecnica da non esibire;

- l'Autorità ha trasmesso a Colombrita l'offerta tecnica di Nidec oscurando le parti contenenti i

segreti tecnici e commerciali, così come verificato dal Collegio a seguito del deposito in giudizio dell'intera offerta tecnica;

- in particolare, l'Autorità ha oscurato cinque paragrafi (A.7, A.8, A.9, A.10 e A.12.) e, in parte, il paragrafo A.11 dei dodici paragrafi relativi al criterio A e un paragrafo (C.6) e, in parte, quattro paragrafi (C.1, C.2, C.3 e C.5) dei complessivi sei paragrafi relativi al criterio C; invece, i paragrafi relativi ai criteri B e D sono stati trasmessi a Colombrita senza oscuramento;

- l'Autorità ha motivato il punteggio maggiore attribuito all'offerta tecnica di Nidec illustrandone le ragioni sulla base di quattro criteri e specificando le caratteristiche dell'offerta che hanno meritato l'attribuzione del punteggio: sono quindi stati comunicati i profili salienti senza che le informazioni riservate possano essere identificate (verbale di gara n. 2 del 19 dicembre 2023).

Il Collegio ritiene che, l'Autorità, così operando:

- ha tutelato le informazioni fornite da Nidec qualificandole come segreti tecnici o commerciali, in corretta applicazione della relativa nozione giuridica. Tale nozione si desume dall'art. 98 d.lgs. n. 30/2005, che, in attuazione dell'art. 2 n. 1 direttiva n. 2016/943/UE, contiene la "*definizione omogenea di segreto commerciale*" che comprende "*il know-how, le informazioni commerciali e le informazioni tecnologiche quando esiste un legittimo interesse a mantenere la riservatezza nonché una legittima aspettativa circa la tutela di tale riservatezza*", aventi "*un valore commerciale, sia esso effettivo o potenziale*" (considerando 14);

- ha rispettato gli oneri motivazionali richiesti dalla Corte di giustizia (su cui *infra*), motivando sia la decisione di non ostendere determinati dati, sia la valutazione resa in sede di selezione sull'offerta presentata.

III) Il segreto commerciale: nozione

11. Per una migliore comprensione della questione oggetto di rimessione, il Collegio precisa la terminologia che utilizzerà. L'art. 53 comma 5 lett. a) d.lgs. n. 50/2016 fa riferimento ai "segreti tecnici o commerciali". Il Collegio, d'ora innanzi, userà l'espressione "segreti commerciali" come comprensiva di quelli "tecnici", in coerenza con la citata direttiva 2016/943/UE, salvo quando riporterà *verbatim* la disciplina italiana.

IV) L'interesse della seconda classificata alla ostensione dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria nella sua integralità

12. Al fine della rilevanza del quesito, il Collegio ritiene che Colombrita ha interesse all'accesso all'offerta tecnica di Nidec nella sua integralità.

Il fatto che l'Autorità abbia motivato circa le ragioni dell'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica di Nidec, non è sufficiente al fine della difesa che Colombrita può articolare. Infatti per stabilire se il punteggio dato ad una soluzione tecnica è legittimo, occorre anzitutto conoscere la soluzione tecnica.

Pertanto, il rifiuto di ostensione integrale preclude a Colombrita la possibilità di contestare la legittimità della valutazione della Commissione, anche in ragione dell'onere di specificità dei motivi di censura imposto dalla legge processuale italiana (art. 40 comma 1 lett. d) c.p.a.).

La circostanza che alcune parti dell'offerta tecnica di Nidec siano state ostese e Colombrita non abbia contestato l'aggiudicazione nella parte in cui si basa sui profili dell'offerta tecnica già ostesi, non fa venire meno l'interesse di Colombrita alla ostensione integrale, atteso che tutt'ora non sono state ostese le parti dell'offerta tecnica che illustrano le specifiche modalità del progetto risultato vincente.

Anche l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha ritenuto che per valutare l'interesse all'accesso agli atti di gara in funzione dell'esercizio del diritto di difesa, tale nesso di strumentalità deve essere valutato *ex ante* e in astratto (Cons. St., Ad. plen. 25 settembre 2020 n. 19).

V) Il possibile impatto dell'accesso integrale sulla tutela dei segreti commerciali e il quadro normativo italiano: prevalenza indefettibile del diritto di difesa sulla tutela dei segreti commerciali e coerenza di tale regola con la Costituzione italiana

13. Passando ad illustrare il quesito, il Collegio osserva che, se sulla base di un giudizio prognostico, deve affermarsi che sussiste *ex ante* un nesso di necessaria strumentalità fra accesso e difesa in giudizio di Colombrita: *ex post* l'esibizione dei documenti secretati potrebbe rivelarsi inutile ai fini dell'esercizio del diritto di difesa di Colombrita, e al contempo dannosa per la tutela dei segreti commerciali di Nidec. Sicché, l'accesso potrebbe essere esposto a un possibile uso emulativo, per carpire gli altrui segreti commerciali senza un effettivo interesse a contestare gli atti di gara.

La disciplina del processo amministrativo italiano non consente di ovviare a tale pericolo in quanto il giudice amministrativo deve rispettare il principio del contraddittorio che gli impone di decidere sulla base di atti resi noti alle parti e su censure prospettate dalle parti. Perciò questo giudice, pur avendo preso conoscenza in camera della offerta tecnica nella sua integralità, non può valutare d'ufficio la legittimità degli atti di gara, né ritenere, una volta visionata l'offerta tecnica, che essa non rilevi ai fini della difesa della parte, perché questo implicherebbe un'inammissibile sostituzione del giudice alla parte.

In una situazione siffatta il diritto nazionale italiano impone l'ostensione dell'offerta tecnica nella sua integralità, come si desume dall'art. 53 d.lgs. n. 50/2016, applicabile ai settori speciali in ragione della previsione di cui all'art. 114 comma 1 d.lgs. n. 50/2016. L'art. 53 d.lgs. n. 50/2016 contiene, per quanto di interesse in questa sede, una generale previsione di

esclusione dell'accesso in presenza di (motivati e comprovati) “*segreti tecnici o commerciali*”. Nondimeno, in caso di “accesso difensivo” (cioè di accesso “ai fini della difesa in giudizio”), prevale quest'ultimo, a discapito della tutela dei segreti tecnici o commerciali ex art. 53 comma 6 d.lgs. n. 50/2016 (Ad. plen. 2 aprile 2020 n. 10), applicabile *ratione temporis*. Non dissimile è l'ora vigente art. 35 comma 5 d.lgs. n. 36/2023 (non applicabile alla presente controversia *ratione temporis*), che stabilisce la prevalenza dell'accesso difensivo “*se indispensabile ai fini della difesa in giudizio*”, così recependo la tesi della Plenaria n. 19/2020 sopra citata. Per completezza di informazione della Corte in ordine al quadro normativo italiano, il Collegio evidenzia che dal 1° gennaio 2024 è vigente una previsione, non applicabile alla presente controversia *ratione temporis*, vale a dire l'art. 36 d.lgs. n. 36/2023, che disciplina uno speciale rito processuale accelerato in materia di accesso agli atti di gara, applicabile anche laddove si controverta dell'oscuramento o mancato oscuramento delle parti dell'offerta contenenti segreti commerciali. Tuttavia, a parte la particolare accelerazione processuale, tale nuova disciplina non modifica la regola di bilanciamento sinora esposta. Per converso, prevede possibili sanzioni da parte dell'ANAC (l'Autorità anticorruzione), a carico dell'operatore economico che sia destinatario di reiterati rigetti delle sue istanze di oscuramento dell'offerta. Tale ultima previsione costituisce ulteriore riprova del marcato *favor* della legge italiana per l'accesso difensivo a scapito della tutela del segreto commerciale.

Secondo il giudice nazionale infatti il divieto di divulgazione dei suddetti segreti “*non opera laddove l'altro concorrente dimostri che l'ostensione documentale è finalizzata alla difesa in giudizio*” (Cons. St., sez. V, 24 gennaio 2023 n. 787), a condizione che il richiedente l'accesso abbia adempiuto al rigoroso onere probatorio del “*nesso di necessaria strumentalità*” fra ostensione dell'atto oggetto di segreti commerciali e difesa in giudizio (Cons. St., sez. V, 14 marzo 2023 n. 2671).

Né l'art. 53 comma 6 d.lgs. n. 50/2016, né la giurisprudenza nazionale chiamata ad applicarlo procedono quindi a un bilanciamento tra tutela dei segreti commerciali e diritto alla tutela giurisdizionale, una volta che siano comprovati entrambi.

Infatti la richiesta dell'esibizione dell'offerta integrale al giudice per la sua visione in camera di consiglio (qui disposta e su cui *infra*, quanto alla rilevanza attribuita dalla Corte di giustizia) è raramente utilizzata dal giudice nazionale, perché, dovendo comunque prevalere l'esigenza difensiva (se comprovata), non è rilevante accertare la sussistenza di segreti commerciali.

La regola contenuta nell'art. 53 comma 6 d.lgs. n. 50/2016 è conforme alla Costituzione italiana, la quale prevede una gerarchia tra i molteplici diritti da essa tutelati, a favore della prevalenza dei diritti inviolabili dell'uomo (Corte cost., 7 giugno 2019 n. 141). Pertanto, secondo la Costituzione italiana, la libertà di iniziativa economica ha una tutela condizionata alla non compromissione di altri valori (art. 42 Cost.), fra i quali i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 Cost. nel cui novero rientra il diritto alla tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.),

Da ciò discende che le leggi ordinarie che si occupano del possibile conflitto tra diritto alla tutela giurisdizionale e tutela della impresa danno senz'altro prevalenza al primo, rispetto alla tutela dei segreti commerciali, senza prevedere altre forme di bilanciamento. In tal senso

dispone non solo l'art. 53 comma 6 d.lgs. n. 50/2016 ma anche l'art. 24 commi 6 lett. d) e 7 l. n. 241/1990. La l. n. 241/1990, pur non rilevando in via diretta in questa sede, ha valore sistematico perché detta le norme generali sul procedimento amministrativo.

VI) Il diverso bilanciamento tra diritto di difesa e tutela dei segreti commerciali secondo il diritto unionale

14. Il Collegio dubita che la disciplina contenuta nell'art. 53 comma 6 d.lgs. n. 50/2016 costituisca puntuale recepimento del diritto europeo.

L'art. 39 direttiva 2014/25/UE (che presenta un contenuto pressoché analogo, per quanto interessa in questa sede, all'art. 28 direttiva 2014/23/UE e all'art. 21 direttiva 2014/24/UE), al par. 1, fissa la regola generale che l' Autorità *“non rivela informazioni comunicate dagli operatori economici e da essi considerate riservate, compresi anche, ma non esclusivamente, segreti tecnici o commerciali”*, prevedendo alcune deroghe, afferenti a quanto diversamente disposto dalla legislazione eurounitaria (artt. 70 e 75 direttiva 2014/25/UE; artt. 32 e 40 direttiva 2014/23/UE; artt. 50 e 55 direttiva 2014/24/UE) e da quella nazionale (su quest'ultimo aspetto *infra*). Il citato art. 39 direttiva 2014/25/UE al par. 2 dispone che le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre agli operatori economici condizioni intese a proteggere la natura confidenziale delle informazioni che le stesse rendono disponibili durante tutta la procedura di appalto. Le suddette previsioni sono interpretate dalla Corte di giustizia, con riferimento all'art. 21 direttiva 2014/24/UE, confermando la necessità di non divulgare segreti commerciali (CGUE, Grande Sezione, 7 settembre 2021, C927/19, § 101; questa decisione sarà in prosieguo citata come Grande Sezione) e sottolineando che gli operatori economici, considerato il *“rapporto di fiducia”* che li lega alle amministrazioni aggiudicatrici, *“devono poter comunicare a tali amministrazioni aggiudicatrici qualsiasi informazione utile”, “senza temere”* che siano rivelate a terzi (§ 115). Pertanto le amministrazioni aggiudicatrici hanno il potere di decidere di non divulgare talune informazioni se la divulgazione *“sia contraria all'interesse pubblico”, “pregiudichi i legittimi interessi commerciali”* di un operatore economico o *“possa recare pregiudizio alla concorrenza”* (§ 114). L'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi degli artt. 21, 50 e 55 direttiva 2014/24/UE, *“non deve, in linea di principio, comunicare”* le informazioni oggetto di segreti commerciali. L'espressione *“in linea di principio”* evidenzia l'esigenza di bilanciamento tra tutela del segreto commerciale e altri valori, quale il diritto di difesa. La Corte di giustizia, pur applicando la regola generale del divieto di divulgazione dei segreti commerciali, individua infatti modalità di bilanciamento con l'interesse alla tutela giurisdizionale. Essa afferma che il principio della tutela dei segreti commerciali *“deve essere attuato in modo da conciliarlo con le esigenze di effettività della tutela giurisdizionale”* (Grande Sezione, § 121 e sez. III, 14 febbraio 2008, C450/06, § 52) e con il principio generale del diritto dell'Unione relativo ad una buona amministrazione (Grande Sezione, § 122).

Il bilanciamento è assicurato dalla Corte di giustizia:

- consentendo al giudice di accedere alle informazioni riservate (CGUE, sez. III, 14 febbraio 2008, C450/06, § 53);

- riservando allo Stato membro un margine di apprezzamento circa l'individuazione delle modalità idonee a *“garantire che non vengano pregiudicati né l'efficacia della direttiva 89/665 né i diritti conferiti ai singoli dal diritto dell'Unione”* (Grande Sezione, § 128);

- imponendo all'amministrazione aggiudicatrice obblighi motivazionali, riguardanti sia il motivo del rifiuto all'accesso sia i motivi della selezione dell'offerta in parte oscurata, così consentendo alle parti di *“decidere con piena cognizione di causa”* (Grande Sezione, §§ 120, 122 e 123).

Quanto al profilo processuale, la Corte di giustizia ha ritenuto che il principio del contraddittorio, seppure costituisce misura dell'equità del processo, *“non implica che le parti abbiano un diritto di accesso illimitato e assoluto”*, sicché esso può essere *“bilanciato con altri diritti e interessi”* (Grande Sezione, §§ 131 e 129).

La conseguenza è che il giudice deve poter decidere che talune informazioni *“non debbano essere trasmesse alle parti e ai loro avvocati”* e, una volta che *“ritiene che l'amministrazione aggiudicatrice abbia deciso correttamente e in maniera sufficientemente motivata che le informazioni richieste non potevano essere comunicate (...)”, tenuto conto degli obblighi incombenti a tale amministrazione aggiudicatrice in forza del principio della tutela giurisdizionale effettiva, (...) il comportamento di detta amministrazione aggiudicatrice al riguardo non può essere criticato per il fatto che avrebbe eccessivamente protetto gli interessi dell'operatore economico”* (Grande Sezione, §§ 133 e 134).

Dunque, la Corte di giustizia sembra dare generale prevalenza alla regola del divieto di divulgazione dei segreti commerciali, sebbene intesa come regola non assoluta, prevedendone modalità di temperamento, affidate a incisivi obblighi motivazionali e all'esibizione delle informazioni oggetto di segreti commerciali al giudice, oltre che alle modalità processuali individuate dallo Stato membro.

15. In tale contesto l'art. 39 par. 1 direttiva 2014/25/UE (analogamente a quanto previsto dall'art. 28 direttiva 2014/23/UE e dall'art. 21 direttiva 2014/24/UE) fa salva la diversa ed espressa previsione nazionale o eurounitaria (nel caso che *“sia altrimenti previsto (...) nella legislazione nazionale cui è soggetta l'amministrazione aggiudicatrice, in particolare la legislazione riguardante l'accesso alle informazioni”*).

VII) Il possibile contrasto tra diritto nazionale e diritto unionale

16. Il dubbio alla base della questione pregiudiziale attiene all'interpretazione dell'art. 39 direttiva 2014/25/UE in relazione alla regola generale del divieto di divulgazione di segreti commerciali, posta dallo stesso art. 39, e riguarda la portata derogatoria della previsione. La questione è se tale previsione consenta al legislatore nazionale di prevedere che l'accesso difensivo prevale sempre sui segreti commerciali, oppure se consenta di derogare al divieto di divulgazione dei segreti commerciali soltanto mediante modalità bilanciamento che tengano conto anche di questi ultimi.

Il dubbio deriva dalla formulazione letterale dell'art. 39 direttiva 2014/25/UE, che non contiene espresse limitazioni, pur iscrivendosi in un contesto che depone nel senso che non sia consentito, in assenza di adeguato bilanciamento, far prevalere l'accesso difensivo a discapito della tutela dei segreti commerciali.

17. Il Collegio ravvisa i presupposti dell'obbligo di rinvio in quanto non si è in presenza di un atto chiaro e la Corte di giustizia non si è specificamente pronunciata sul punto.

Ai fini della rilevanza, oltre a richiamarsi quanto esposto nel par. 12, il Collegio osserva che se si applicasse l'art. 53 comma 6 d.lgs. n. 50/2016 nella sua vigente formulazione, occorrerebbe senz'altro ordinare l'accesso all'offerta tecnica nella sua integralità. Se invece tale previsione nazionale risultasse non conforme al diritto unionale, il Collegio potrebbe operare un bilanciamento tra diritto di difesa e tutela del segreto commerciale.

VIII) Argomenti del giudice nazionale a corredo del quesito

18. Il Collegio svolge anzitutto qualche considerazione circa la rilevanza della tutela dei segreti commerciali rispetto alle regole di concorrenza e alle finalità di quest'ultima:

- l'investimento nel capitale intellettuale è un fattore determinante per la competitività e la capacità innovativa delle imprese sul mercato, risultando importante preservare il rendimento dei loro investimenti;

- il *"patrimonio di know-how e di informazioni commerciali, che non è divulgato ed è destinato a rimanere riservato"* si definisce *"segreto commerciale"* e deve essere protetto (considerando 1, direttiva n. 2016/943/UE);

- un'eventuale diffusione è idonea a produrre effetti distorsivi sulla concorrenza in quanto penalizza l'impresa che ha investito nell'innovazione (non assicurandole un adeguato ritorno dell'investimento realizzato) e avvantaggia le imprese che non investono e che possono approfittare dell'investimento altrui, con conseguenti effetti sull'intero mercato di riferimento;

- la riservatezza costituisce quindi *"strumento di competitività commerciale"* (considerando 2 della direttiva n. 2016/943/UE).

Dalle direttive che disciplinano il settore degli appalti e concessioni pubbliche - 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE - recepite con il d.lgs. n. 50/2016 (e in prosieguo con il d.lgs. n. 36/2023), emerge che:

- l'obiettivo principale delle stesse consiste nell'apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri (CGUE, sez. X, 7 dicembre 2023, C-441/22).

- per raggiungere tale obiettivo, è necessario che le amministrazioni *"non divulgino informazioni"* relative a gare, il cui *"contenuto potrebbe essere utilizzato per falsare la*

concorrenza” (Grande Sezione, § 115) in quanto l’effetto utile delle stesse “*sarebbe gravemente compromesso*” se, in occasione di un ricorso, il complesso delle informazioni concernenti la gara “*dovesse indiscriminatamente essere messo a disposizione dell’autore di tale ricorso*” o degli intervenienti (CGUE, sez. III, 14 febbraio 2008, C450/06, § 39).

Sicché la divulgazione di segreti commerciali rischia di compromettere il raggiungimento dell’obiettivo di apertura alla concorrenza delle direttive appalti e l’effetto utile delle stesse. La relazione fra tutela dei segreti commerciali e implementazione del mercato concorrenziale è ancor più evidente se si considera l’attività dell’amministrazione aggiudicatrice di “arbitro” della gara (Conclusioni avvocato generale presentate il 15 aprile 2021 nella causa C927/19, § 42), qualificata come concorrenza per il mercato (Corte cost. 20 aprile 2018 n. 83), assolvendo la stessa funzione che, nei settori aperti al mercato, svolge la competizione fra gli operatori economici, cioè quella di selezionare il miglior prodotto o servizio. Senonché, nel mercato, le imprese sono garantite con un’ampia protezione dei segreti commerciali (art. 1, direttiva 2016/943/UE).

Rispetto ai settori speciali, oggetto della direttiva 2014/25/UE e della presente controversia, risulta ancor più evidente la funzionalizzazione della gara alla concorrenza, tanto è vero che essa è preordinata alla “*effettiva liberalizzazione del mercato*” (considerando 19), sicché la direttiva non dovrebbe essere applicata nello Stato membro in cui l’attività “*è direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili*” (considerando 43).

19. Il Collegio dubita quindi che la clausola di salvaguardia di quanto “*altrimenti*” disposto dalla legislazione nazionale, contenuta nell’art. 39 direttiva 2014/25/UE, consenta al legislatore nazionale di prevedere che l’accesso difensivo prevalga sempre sui segreti commerciali, senza che alle amministrazioni aggiudicatrici e ai giudici sia consentito di porre in essere meccanismi di bilanciamento che preservino le finalità concorrenziali alle quali sono preordinate le gare pubbliche.

Piuttosto, appare coerente con gli obiettivi della direttiva 2014/25/UE il riconoscimento di un margine di apprezzamento alle amministrazioni aggiudicatrici e ai giudici nazionali, evitando di “ingessare” il sistema con la previsione di una regola assoluta e inderogabile, sia essa la prevalenza assoluta del diritto di difesa o piuttosto il divieto assoluto di ostensione dei segreti commerciali.

Il bilanciamento delineato dalla Corte di giustizia è tanto più significativo se si considera che la stessa giurisprudenza eurounitaria, non diversamente da quanto è tenuto a fare questo Giudice, è chiamata a considerare non solo l’art. 1 par. 1 e par. 3 della direttiva 89/665/CE, che sancisce il diritto a un ricorso efficace in materia di appalti, ma anche il più generale diritto alla tutela giurisdizionale e il principio di effettività della tutela giurisdizionale, che rivestono il rango di diritti inviolabili della persona.

Sempre dall’ordinamento dell’Unione europea perviene, ad avviso del Collegio, un’altra prospettiva di inquadramento delle stesse libertà economiche. L’art. 3 par. 3 TUE riconosce infatti la natura sociale del mercato interno e della politica europea sulla concorrenza (con il fine dello sviluppo sostenibile, basato anche su “*un’economia sociale di mercato*” e su un

elevato livello di tutela “*dell'ambiente*”). In tal senso tutelare i principi del mercato significa anche creare le condizioni per la tutela della persona, con la conseguenza che quest'ultima non si contrappone al primo ma ne costituisce un portato. Sempre in detta prospettiva, la Corte di giustizia ha affermato che:

- la tutela dei segreti commerciali costituisce un principio generale dell'Unione europea (Grande Sezione, § 132);

- tra i diritti fondamentali figurano il “*diritto al rispetto della vita privata e delle comunicazioni, sancito dall'articolo 7 della Carta, nonché il diritto alla tutela dei segreti commerciali*” (Grande Sezione, § 132), così come riaffermato anche dall'art. 7 della Carta di Nizza (CGUE, sez. III, 14 febbraio 2008, C-450/06, § 48).

Sicché il contemperamento dell'accesso difensivo vede quale termine di paragone una nozione di mercato interno non solo quale spazio (concorrenziale) di esercizio delle libertà economiche, ma anche quale luogo di perseguimento di obiettivi sociali, oltre a una qualificazione della tutela dei segreti commerciali quale diritto alla vita e alle comunicazioni e principio generale del diritto dell'Unione europea.

Pertanto, il confronto fra accesso difensivo e tutela del segreto commerciale, nell'ambito del diritto dell'Unione europea, non si esaurisce nel rapporto fra diritto della persona (accesso difensivo) e libertà economica (tutela dei segreti commerciali), in quanto vengono in evidenza anche profili non economici afferenti alla tutela dei segreti commerciali.

20. In conclusione, l'art. 39 direttiva 2014/25/UE, inquadrato nell'ambito del contesto eurounitario sopra descritto, nel quale il conflitto tra il diritto alla tutela giurisdizionale e il diritto alla tutela dei segreti commerciali è risolto mediante un bilanciamento che non attribuisce necessaria prevalenza al primo, giustifica, ad avviso del Collegio, l'insorgere di un dubbio di conformità della regola posta dall'art. 53 comma 6, d.lgs. n. 50/2016, che attribuisce prevalenza all'accesso difensivo, senza ricercare forme di bilanciamento che tengano conto delle ragioni sottese alla tutela dei segreti commerciali.

IX) Il quesito

21. In considerazione di tutto quanto sopra esposto, il Collegio chiede alla Corte di giustizia dell'UE di pronunciarsi, ai sensi dell'art. 267 TFUE, sulla seguente questione pregiudiziale: “*se l'art. 39, direttiva 2014/25/UE - da cui si desume, così come dall'art. 28 direttiva 2014/23/UE e dall'art. 21 direttiva 2014/24/UE, che il conflitto tra il diritto alla tutela giurisdizionale e il diritto alla tutela dei segreti commerciali è risolto mediante un bilanciamento che non attribuisce necessaria prevalenza al primo - osti alla disciplina nazionale contenuta nell'art. 53 comma 6, d.lgs. n. 50/2016, che dispone di esibire la documentazione contenente segreti tecnici o commerciali nel caso di accesso preordinato alla tutela giurisdizionale, senza prevedere modalità di bilanciamento che tengano conto delle esigenze di tutela dei segreti tecnici o commerciali*”.

22. Il Collegio dispone che alla CGUE sia trasmessa, a cura della Segreteria della Sezione, oltre a copia conforme all'originale della presente ordinanza, copia dell'intero fascicolo di causa, privo della copia dell'offerta tecnica in formato integrale depositata con modalità cartacea.

23. Il Collegio sospende il presente giudizio ai sensi dell'art. 295 c.p.c.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), non definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, rimette alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione pregiudiziale indicata nel § 21 della motivazione e, riservata ogni altra decisione, anche sulle spese, sospende il giudizio.

Dispone che il presente provvedimento, unitamente a copia degli atti di giudizio indicati in motivazione, sia trasmesso, a cura della Segreteria della Sezione, alla Cancelleria della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 settembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Marina Perrelli, Consigliere

Guida alla lettura.

Con l'epigrafata pronuncia, il Consiglio di Stato ha rimesso alla C.G.U.E. la dirimente questione pregiudiziale sul se *“l'art. 39 della direttiva 2014/25/UE osti alla disciplina nazionale contenuta nell'art. 53 comma 6, d.lgs. n. 50/2016 – applicabile alla fattispecie oggetto di giudizio razione temporis - che dispone di esibire la documentazione contenente segreti tecnici o commerciali nel caso di accesso preordinato alla tutela giurisdizionale, senza prevedere modalità di bilanciamento che tengano conto delle esigenze di tutela dei segreti tecnici o commerciali”*.

Appare opportuno ricostruire, brevemente, l'iter argomentativo seguito dal Giudice remittente il quale si è interrogato sul se -in sede di impugnazione degli esiti di una procedura di evidenza pubblica - debba ritenersi:

- **sempre** prevalente il diritto di accesso agli atti richiesto – **in ottica difensiva** – da parte ricorrente;
- **al contrario**, debba trovare adeguata tutela anche la contrapposta esigenza di sottrarre all'accesso l'eventuale segreto tecnico e commerciale contenuto nell' offerta tecnica del controinteressato/aggiudicatario.

Il Collegio – onde addivenire alla formulazione del quesito pregiudiziale – ha operato, dapprima, un'interessante ricostruzione del **quadro normativo domestico (art. 53 D.Lgs n. 50/2016)** rispetto a quello **unionale (art. 39 della direttiva 2014/25/UE)** giungendo alla (probabile) conclusione che tra le due normative potrebbe esservi contrasto attribuendo prevalenza, l'uno, al diritto di difesa e, l'altro, alla tutela (bilanciata come meglio si dirà) del segreto tecnico/commerciale.

In particolare, la previsione domestica di cui all' art. 53 D.Lgs n. 50/2016 (applicabile *ratione temporis* alla fattispecie oggetto di pronuncia) prevede - **in termini generali** - che siano esclusi dal diritto di accesso e da ogni forma di divulgazione le parti dell'offerta che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali.

Lo stesso articolo prevede, poi, una **specifico eccezione** facendo prevalere l'accesso cd difensivo **rispetto alla tutela del segreto commerciale**.

Tanto poiché – nell'ordinamento interno - sussiste **ex ante** un **nesso di necessaria strumentalità tra l'accesso agli atti ed il diritto di difesa in giudizio**. Di contro, l'eventuale esibizione **ex post** dei documenti contenenti segreti tecnici/commerciali ben potrebbe rivelarsi, non solo, inutile per parte ricorrente ma oltremodo dannosa per la tutela proprio di quei segreti tecnici-commerciali potendo trasmodare quella tardiva conoscenza in un illegittimo uso emulativo degli stessi (da parte degli altri operatori economici) senza un concreto interesse nel giudizio di impugnazione degli atti di gara.

Tale delicato rapporto regola-eccezione risulta analogamente recepito nell'**art. 35, comma 5 del vigente codice n. 36/2023** il quale - parimenti - stabilisce la prevalenza dell'accesso difensivo ove indispensabile ai fini della difesa in giudizio.

Il Collegio analizza, successivamente, il differente **quadro normativo unionale** interrogandosi sul se la cennata disciplina di cui all'art. 53, comma 6 D.Lgs n. 50/2016 costituisca puntuale recepimento del diritto europeo e, in particolare, dell'art. 39 della direttiva 2014/25/UE

Nello specifico, il paragrafo 1 della cennata direttiva prevede che l'Autorità non riveli informazioni comunicate dagli operatori economici e da essi considerate riservate, compresi anche, ma non esclusivamente, segreti tecnici o commerciali, prevedendo alcune deroghe, afferenti a quanto diversamente disposto dalla legislazione eurounitaria e da quella nazionale.

Tanto poiché le amministrazioni aggiudicatrici ben possono imporre agli operatori economici condizioni intese a proteggere la natura confidenziale delle informazioni che le stesse rendono disponibili durante tutta la procedura di appalto.

Tale previsione è stata costantemente interpretata dalla Corte di giustizia la quale ha evidenziato la necessità, non solo, di non divulgare segreti commerciali ma ha sottolineato che gli operatori economici, considerato il rapporto di fiducia che li lega alle amministrazioni aggiudicatrici, debbano poter comunicare ad esse qualsiasi informazione utile senza timore che siano rivelate a terzi.

Da tanto ne deriva che le amministrazioni aggiudicatrici hanno il legittimo potere di decidere di non divulgare talune informazioni se la divulgazione possa essere contraria all'interesse pubblico, possa pregiudicare i legittimi interessi commerciali di un operatore economico o possa recare pregiudizio alla concorrenza. A tanto aggiungasi che l'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi degli artt. 21, 50 e 55 direttiva 2014/24/UE, non deve, **in linea di principio**, comunicare le informazioni oggetto di segreti commerciali.

È proprio tale inciso (**in linea di principio**) che ben evidenzia l'esigenza di un **imprescindibile bilanciamento tra tutela del segreto commerciale e altri valori, in primis quello del diritto di difesa**.

Ne deriva, quindi, che per la Corte di giustizia, pur applicandosi la **regola generale del divieto di divulgazione dei segreti commerciali**, debbano individuarsi precipe modalità di bilanciamento con l'interesse alla tutela giurisdizionale.

Tale bilanciamento, nella lettura datane dalla Corte, ben potrebbe essere assicurato:

a-consentendo al giudice di accedere alle informazioni riservate (CGUE, sez. III, 14 febbraio 2008, C450/06, § 53);

b- riservando alla Stato membro un margine di apprezzamento circa l'individuazione delle modalità idonee a "garantire che non vengano pregiudicati né l'efficacia della direttiva 89/665 né i diritti conferiti ai singoli dal diritto dell'Unione" (Grande Sezione, § 128);

c-imponendo all'amministrazione aggiudicatrice obblighi motivazionali, riguardanti sia il motivo del rifiuto all'accesso sia i motivi della selezione dell'offerta in parte oscurata, così consentendo alle parti di "*decidere con piena cognizione di causa*" (Grande Sezione, §§ 120, 122 e 123).

d-evidenziando che il principio del contraddittorio, seppure costituisce misura dell'equità del processo, "non implica che le parti abbiano un diritto di accesso illimitato e assoluto", sicché esso può essere "bilanciato con altri diritti e interessi" (Grande Sezione, §§ 131 e 129).

Premessa tale articolata ricostruzione, il Consiglio di Stato pare derivarne che la Corte di giustizia, nell'interpretare la più volte cennata direttiva 2014/25/UE, sembri offrire **generale prevalenza alla regola del divieto di divulgazione dei segreti commerciali** prevedendo - però - modalità di contemperamento, affidate ad incisivi obblighi motivazionali a carico delle amministrazioni aggiudicatrici, nonché modalità di esibizione delle informazioni oggetto di

segreti commerciali in sede giurisdizionale oltre che alle particolari modalità processuali individuate dal singolo Stato membro.

Consequenziale appare, quindi, il rinvenirsi di un possibile contrasto tra normativa domestica ed unionale rispetto al corretto recepimento dell'art. 39 direttiva 2014/25/UE, da parte del D.Lgs n. 50/2016.

La questione risiede nel comprendere se la previsione unionale consenta o meno al legislatore nazionale di prevedere che l'accesso difensivo prevalga sempre sui segreti commerciali, oppure se - al contrario - consenta di derogare al divieto di divulgazione dei segreti commerciali soltanto mediante precise modalità di bilanciamento tra i contrapposti interessi.

Il Collegio ravvisa, quindi, i presupposti dell'obbligo di rinvio pregiudiziale della suesposta questione trovandosi al cospetto di una questione di non facile interpretazione e sulla quale la Corte di giustizia non si è – di fatto – ancora pronunciata.

Ove prevalessse il quadro domestico - ovvero l'art. 53, comma 6 d.lgs. n. 50/2016 - su quello unionale, l'accesso all'offerta tecnica nella sua integralità troverebbe sempre prevalenza in ottica difensiva.

Al contrario, ove tale previsione risultasse non conforme al diritto unionale, il Collegio dovrebbe operare un **bilanciamento** (che preservi alla stregua della clausola di salvaguardia prevista dalla direttiva unionale le finalità concorrenziali alle quali sono preordinate le gare pubbliche) tra diritto di difesa e tutela del segreto commerciale.

Nella lettura data del Consiglio di Stato ne deriva una maggiore coerenza con gli obiettivi della direttiva 2014/25/UE il riconoscimento di un margine di apprezzamento/bilanciamento in capo alle amministrazioni aggiudicatrici e ai giudici nazionali, sì da evitare un eccessivo formalismo del sistema con la previsione di una regola assoluta e inderogabile sia essa a favore della prevalenza assoluta del diritto di difesa che del divieto assoluto di ostensione dei segreti commerciali.

Non ci resta, quindi, che attendere la pronuncia dei Giudici di Lussemburgo!