

GABRIELE SERRA

Magistrato T.A.R.

[g.serra@giustizia-amministrativa.it](mailto:g.serra@giustizia-amministrativa.it)

**IL BILANCIAMENTO TRA IL DIRITTO D'ACCESSO AI  
DOCUMENTI NELLE PROCEDURE DI GARA E I SEGRETI  
TECNICI E COMMERCIALI: NATURA DELL'ATTIVITÀ  
AMMINISTRATIVA E TECNICHE DI TUTELA**

**THE BALANCE BETWEEN THE RIGHT TO ACCESS TO  
ADMINISTRATIVE DOCUMENTS OF PUBLIC PROCEDURES AND  
TECHNICAL AND TRADE SECRETS: ADMINISTRATIVE ACTIVITY  
NATURE AND LEGAL PROTECTION TECHNIQUES**

SINTESI

Il contributo analizza il rapporto tra il diritto d'accesso ai documenti amministrativi di una procedura ad evidenza pubblica per esigenze difensive e le esigenze di riservatezza derivanti dall'esigenza di proteggere informazioni di un concorrente che contengano segreti tecnici e commerciali, che è oggetto della disciplina di cui all'art. 53, comma 5, lett. a) e comma 6 del D.lgs. n. 50/2016. Poste alcune brevi premesse sulla disciplina in questione, lo scritto analizza in particolare i due aspetti maggiormente oggetto di problematiche interpretative: quali siano i presupposti e gli oneri delle parti che richiedano l'accesso e che oppongano le esigenze di riservatezza e quale sia la natura dell'attività che l'amministrazione deve compiere (se sia discrezionale o meno) e quali conseguenze ne discendano in punto di ampiezza della tutela giurisdizionale. L'analisi del formante giurisprudenziale mostrerà diverse criticità nelle tesi maggiormente applicate dalle corti nazionali, richiedendo perciò una analisi critica sulla base dei concetti generali e fondamentali della materia, che porteranno a riconoscere, da un lato, come non sia richiesto all'istante una prova particolarmente stringente in ordine alle necessità difensive del documento, dall'altro e soprattutto, come l'attività dell'amministrazione non sia discrezionale in senso pro-

prio, non dovendo l'amministrazione bilanciare in concreto interessi pubblici e privati, con conseguente pienezza della tutela giurisdizionale, anche in punto di ordine di esibizione del documento.

ABSTRACT

The paper analyses the relationship between the right to access to administrative documents of a public procedure for defensive needs and the confidentiality needs arising from the need to protect information of a competitor containing technical and trade secrets, which is provided by art. 53, paragraph 5, letter a) and paragraph 6 of Legislative Decree no. 50/2016. After some brief premises on the legislative discipline, the paper analyzes in particular the two aspects most subject to interpretative problems: what are the assumptions and obligations of the parties requesting access and opposing the need for confidentiality and what is the nature of the activity that the administration must perform (whether it is discretionary or not) and what are the consequences in terms of breadth of judicial protection. The analysis of the case law will show several critical points in the theses mainly applied by the national courts, thus requiring a critical analysis on the basis of the general and fundamental concepts of the subject, which will lead to recognising that the applicant is not required to provide particularly stringent proof of the document's defensive requirements, and, more important, that the activity of the administration is not technically discretionary, since the administration does not have the power to balance public and private interests, with the consequent fullness of judicial protection, including the judicial exhibition order of the document to the applicant.

PAROLE CHIAVE: accesso documenti, gara, segreti tecnici e commerciali, bilanciamento, discrezionalità

KEYWORDS: access to administrative documents, public procedures, technical and trade secrets, balancing, administrative discretion

INDICE: 1. Premessa. 2. L'accesso ai documenti ai sensi dell'art. 53 Codice dei Contratti. Introduzione. 3. Recenti percorsi giurisprudenziali sul rapporto tra accesso e riservatezza aziendale. 4. Gli oneri probatori del controinteressato e del richiedente l'accesso. 5. La natura dell'attività dell'amministrazione. Breve premessa generale sulla valutazione delle istanze di accesso. 6. L'attività nella valutazione dell'istanza di

accesso all'offerta tecnica del concorrente. 7. Conseguenze sul piano della tutela giurisdizionale. 8. Conclusioni.

## 1. Premessa

Il tema dell'accesso ai documenti amministrativi delle procedure di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici disciplinate dal D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (Codice dei Contratti Pubblici) si presenta ormai particolarmente vasto, essendosene colti i numerosi profili problematici, anche alla luce dell'ormai acquisita molteplicità di tipologie di diritti d'accesso ai documenti amministrativi nell'ordinamento<sup>1</sup>.

In via di premessa, si impone dunque di chiarire ciò di cui questo contributo si occuperà e quali questioni invece non saranno affrontate.

Oggetto dell'analisi sarà unicamente la questione, se si vuole più classica, del rapporto tra l'accesso a fini difensivi, esercitato da un partecipante alla procedura ad evidenza pubblica non aggiudicatario, avente ad oggetto l'offerta tecnica dell'aggiudicatario e la presenza in essa di segreti tecnici o commerciali, che l'aggiudicatario intenda mantenere riservati a tutela della propria individualità aziendale, oggetto della specifica disciplina posta dall'art. 53, comma 5, lett. a) e comma 6 del Codice dei Contratti.

Il tema assume particolare rilievo anche alla luce della copiosa giurisprudenza spesso chiamata a pronunciarsi sul rapporto tra le due norme, ancorché, come la ricerca sembra dimostrare, con affermazioni non sempre coerenti con le coordinate e i concetti di fondamentali che involgono la materia.

In particolare, nell'esaminare i recenti assunti giurisprudenziali che hanno affrontato il problema ora esposto, appaiono di interesse le affermazioni rese in tema di procedimento e presupposti per determinare la prevalenza tra diritto

---

<sup>1</sup> In tema v. M. LIPARI, *Il diritto di accesso e la sua frammentazione dalla legge n. 241/1990 all'accesso civico: il problema delle esclusioni e delle limitazioni oggettive*, in *Federalismi.it*, n. 17/2019; V. PARISIO, *La tutela dei diritti di accesso ai documenti amministrativi e alle informazioni nella prospettiva giurisdizionale*, in *Federalismi.it*, n. 11/2018; F. MANGANARO, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2019, 4, p. 743; A. SIMONATI, *I diritti di accesso a contenuto generale: spunti per un'analisi in parallelo*, in *Dir. Econ.*, n. 1/2022, pp. 201-218.

d'accesso e riservatezza aziendale e, soprattutto, circa la natura dell'attività che l'amministrazione è chiamata a compiere in merito a tale giudizio, cui si correlano evidentemente i margini di tutela riconosciuti agli operatori economici, anche in sede giurisdizionale.

Esulano invece dalla presente indagine altre recenti questioni interpretative che si sono poste in merito all'accesso ai documenti relativi alle procedure di affidamento di contratti pubblici e che sono anche state oggetto di un recente intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Ci si riferisce, all'evidenza, alle seguenti questioni: a) la configurabilità, in capo al concorrente, utilmente collocatosi in graduatoria, all'esito di una procedura ad evidenza pubblica per la selezione del contraente, di un interesse giuridicamente protetto per accedere ai documenti della fase esecutiva delle prestazioni, al fine di sollecitare la stazione appaltante a provocare la risoluzione del contratto per inadempimento dell'appaltatore e il conseguente interpello dell'istante per il nuovo affidamento del contratto, secondo le regole dello scorrimento della graduatoria; b) l'applicabilità dell'istituto dell'accesso civico generalizzato agli atti relativi alle procedure ad evidenza pubblica, e alle successive fasi esecutive; c) la questione, connessa ma di portata più generale, relativa al dovere - per la stazione appaltante, in fase procedimentale, e per il giudice, in fase processuale - di accogliere comunque l'istanza di accesso, formulata e motivata unicamente ai sensi della L. n. 241/1990, qualora dovessero sussistere i requisiti per l'esercizio dell'accesso civico generalizzato<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Tale questione, neppure incidentalmente rilevante per la presente trattazione, è stata risolta dalla citata decisione n. 10/2020 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel senso di ritenere che «la pubblica amministrazione ha il potere-dovere di esaminare l'istanza di accesso agli atti e ai documenti pubblici, formulata in modo generico o cumulativo dal richiedente senza riferimento ad una specifica disciplina, anche alla stregua della disciplina dell'accesso civico generalizzato, a meno che l'interessato non abbia inteso fare esclusivo, inequivocabile, riferimento alla disciplina dell'accesso documentale, nel qual caso essa dovrà esaminare l'istanza solo con specifico riferimento ai profili della l. n. 241 del 1990, senza che il giudice amministrativo, adito ai sensi dell'art. 116 c.p.a., possa mutare il titolo dell'accesso, definito dall'originaria istanza e dal conseguente diniego adottato dalla pubblica amministrazione all'esito del procedimento». Su questo principio di diritto v. A. BERTI, *Note a margine della pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 2 aprile 2020, n. 10: la qualificazione dell'istanza di accesso ai dati e documenti amministrativi*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Solo per completezza, vale qui appena ricordare, anche per il rilievo incidentale che potranno avere nella presente trattazione, che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha, da un lato, ritenuto ammissibile l'istanza di accesso agli atti della fase esecutiva del contratto, «*purché tale istanza non si traduca in una generica volontà da parte del terzo istante di verificare il corretto svolgimento del rapporto contrattuale*» e, dall'altro, l'applicabilità della disciplina dell'accesso civico generalizzato, di cui al D.lgs. 14 marzo 2013 n. 33 (Decreto Trasparenza), «*ma resta ferma la verifica della compatibilità dell'accesso con le eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, comma 1 e 2, a tutela degli interessi-limite, pubblici e privati, previsti da tale disposizione, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza*»<sup>3</sup>.

Del pari, non sarà esaminata la questione relativa al termine per la proposizione dell'istanza di accesso da parte del concorrente agli atti della procedura e della correlata questione relativa alla decorrenza del termine, dimidiato, per l'impugnazione dell'aggiudicazione, scrutinata (e risolta) da altra recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato<sup>4</sup>.

In ultimo, neppure sarà oggetto dell'analisi la questione, che parrebbe rimasta aperta anche a seguito della sentenza della citata sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 10/2020, circa l'esercizio del diritto di accesso agli atti (sia della pro-

---

3 Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 10, in *Foro Amministrativo (I)*, 2020, 4, p. 722, con nota di A. GRIGANI, *Commento ad una prima lettura della sentenza 2 aprile 2020, n. 10 del Consiglio di Stato sull'accesso agli atti nelle procedure ad evidenza pubblica*. Sul tema è particolarmente ampia anche la bibliografia. Si v., ad es., P. ADAMI, *L'accesso civico agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici*, in *Riv. amm. Rep. It.*, 2018, 242-263; G. ARIEMMA, *Le diverse forme di accesso nell'ordinamento italiano: il rapporto tra accesso ordinario e accesso civico generalizzato in materia di contratti pubblici*, in *Riv. giur. eur.*, 2020, 89-125; A. BELLINI, *L'accesso civico generalizzato in materia di appalti alla luce della Plenaria n. 10/2020*, in *Rass. Am. Stato*, 2020, 2, 80-91; A. CORRADO, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fini ai dubbi interpretativi*, in *Federalismi.it*, 2020, 16, 48-78; S. MASTROIANNI, *L'integrazione tra la disciplina del diritto di accesso ordinario e quella dell'accesso civico generalizzato nel settore degli appalti: l'Adunanza Plenaria dice no a buchi neri nel principio di trasparenza*, in *Giust. Amm. it.*, n. 4/2020; D. MINELLI, *L'ambito di applicazione dell'accesso civico e documentale nella fase esecutiva dei contratti pubblici*, in *App. contr.*, 2020, 7-8, 21-24.

4 Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 2 luglio 2020, n. 12, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 3/2021, p. 609 e ss., con nota di L. BERTONAZZI, *La decorrenza del termine per ricorrere contro l'aggiudicazione*.

cedura ad evidenza pubblica che della fase esecutiva del contratto) da parte dei soggetti estranei o esclusi dalla gara<sup>5</sup>.

## **2. L'accesso ai documenti ai sensi dell'art. 53 del Codice dei Contratti. Introduzione**

Senza svolgere premesse che, per quanto pertinenti, non sarebbero davvero rilevanti per la trattazione, si impone di esordire con alcune coordinate generali sulla disciplina dell'art. 53, del Codice dei Contratti, che regola specificamente l'accesso ai documenti nella materia delle procedure di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici, riproducendo, sostanzialmente e per quanto qui rileva, il contenuto del previgente art. 13 del D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163<sup>6</sup>.

La norma in discorso si apre proprio con la, invero rilevante per la trattazione, descrizione del rapporto tra la disciplina sull'accesso ai documenti di gara da essa prevista e gli artt. 22 e ss. della Legge 7 agosto 1990 n. 241, che disciplinano a livello generale l'accesso ai documenti amministrativi nel procedimento amministrativo, chiarendo che le norme della legge generale sul procedimento si applicano anche alle procedure di gara, salvo quanto espressamente previsto dal Codice dei Contratti, introducendo perciò alcune regole proprie, qualificabili come speciali<sup>7</sup>.

In merito al rapporto tra le due normative quindi, la giurisprudenza ha ritenuto che la disciplina dell'accesso agli atti di gara costituisce un «*microsistema normativo*» collegato alla peculiarità del settore considerato, pur inquadrandosi nell'alveo delle coordinate generali dell'accesso documentale<sup>8</sup>; con la conseguenza che il rapporto tra le due normative non deve essere letto in termini di alternatività, ma di complementarietà e, perciò, le acquisizioni in materia di ac-

---

5 Cfr. V. MIRRA, *Diritto d'accesso e attività contrattuale della pubblica amministrazione: la Plenaria risolve ogni dubbio?*, in *Urb. e App.*, 2020, 5, pp. 680 e ss.

6 Cfr. M. LIPARI, *Informazione dei candidati e degli offerenti e accesso agli atti di gara*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019, Vol. III, p. 341. Sull'art. 13 del previgente Codice dei Contratti v. M. OCCHIENA, *Commento all'art. 13*, in L.R. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2013, pp. 196 ss.

7 M. LIPARI, *op. ult. cit.*, p. 352.

8 Cons. Stato, Sez. V, 17 giugno 2014, n. 3079; CGARS, Sez. Giur., 23 settembre 2016, n. 324, entrambe in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

cesso documentale della l. n. 241/1990 saranno applicabili anche alla materia *de qua* se non oggetto di specifica deroga<sup>9</sup>.

L'art. 53 del Codice, nel dettare le peculiari regole sull'accesso nella materia dei contratti pubblici, describe, al comma 2, alcune fattispecie nelle quali l'accesso ai documenti di gara viene differito, a seconda della specifica tipologia di documenti, alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte ovvero all'intervento dell'aggiudicazione<sup>10</sup>; a tali ipotesi di differimento dell'accesso seguono poi quattro ipotesi di documenti esclusi in via assoluta dall'accesso, disciplinate dal comma 5<sup>11</sup>.

Come anticipato, ai fini della presente trattazione rileva l'ipotesi disciplinata dalla lettera a) del comma 5 della norma, che prevede una esclusione assoluta del diritto di accesso in relazione «*alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscono, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici e commerciali*»<sup>12</sup>.

---

9 Cfr. R. MICALIZZI, *L'accesso agli atti nelle procedure di evidenza pubblica*, in *Dir. Econ.*, n. 1/2022, p. 286; in giurisprudenza Cons. Stato, Sez. V, 24 marzo 2014, n. 1446, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. VI, 30 luglio 2010, n. 5062, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2011, 5, 1678 ss., con nota di A. GUALDANI, *L'accesso agli atti di gara da parte di un'impresa non concorrente*.

10 I casi di differimento sono: «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 nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato 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 manifestato 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'aggiudicazione; d) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione» In argomento vd. L. MINERVINI, *Accesso agli atti e procedure di affidamento ed esecuzione di contratti pubblici*, in *Foro Amm. (II)*, fasc. 5, p. 971-975. Vd. anche R. MICALIZZI, *op. cit.*, p. 287 ss.

11 Il divieto di accesso è riferito, oltre che a quella delle informazioni contenenti segreti tecnici e commerciali, oggetto del lavoro, a «a) (...); b) 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; c) alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto; d) alle soluzioni tecniche e ai programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale», sulle quali vd. M. LIPARI, *Informazione dei candidati*, *cit.*, pp. 367-377.

12 Sul rapporto tra accesso e riservatezza aziendale, stante l'ampiezza dei contributi, oltre a quelli richiamati nel prosieguo della trattazione, si possono v. anche A. AVINO, *L'accesso ai documenti di gara tra esigenze di riservatezza e necessità difensive*, in *Urb. e app.*, 2018, pp. 692-698; M. TRIMARCHI, *Commento all'art. 53*, in L.R. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017, p. 539 ss.; A. MALANDRINO, *Il diritto di accesso ai documenti nelle gare d'appalto e la tutela di in-*

In merito alla *ratio* di tale eccezione, si è rilevato come la stessa sia «*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*»<sup>13</sup>.

Quanto all'*ubi consistam* del segreto tecnico o commerciale, il quadro ermeneutico appare sufficientemente consolidato, avendo la giurisprudenza chiarito che l'esistenza di un segreto tecnico o commerciale deve essere dimostrata in coerenza con la definizione normativa contenuta nell'art. 98 del D.lgs. 10 febbraio 2005 n. 30 (Codice della proprietà industriale), che richiede, ai fini della tutela, che le informazioni aziendali e commerciali e le esperienze sulle applicazioni tecnico industriali rispondano a requisiti di segretezza e rilevanza economica e siano soggette, da parte del legittimo detentore, a misure di protezione ragionevolmente adeguate<sup>14</sup>.

Ne discende che «*non qualsiasi elemento di originalità del servizio offerto è riconducibile entro la categoria dei segreti tecnici o commerciali, perché è inevitabile che ogni operatore possieda elementi che differenziano la propria organizzazione e la propria offerta in una procedura di tipo comparativo, ma la qualifica di segreto tecnico o commerciale deve essere ri-*

---

*teressi commerciali legittimi e della concorrenza*, in *Foro Amm.-C.d.S.*, 2013, 7-8, 1803 ss.; M. LONGO, *L'accesso agli atti di gara e il bilanciamento tra tutela della riservatezza e il diritto all'accesso alla documentazione suscettibile di rivelare il know-how di un'impresa*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2010, 9, 1992 ss.; F. DE CLEMENTI, *La tutela delle informazioni segrete nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica fra consolidamento giurisprudenziale e prospettive di riforma*, in *Amministrativ@mente*, n. 9/2014.

<sup>13</sup> Cons. Stato, sez. V, 7 gennaio 2020, n. 64, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>14</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 64/2020, *cit.*; in termini T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 24 gennaio 2022, n. 145, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che afferma che «*in altre parole, è agli specifici caratteri di cui all'art. 98 del Codice della proprietà industriale che la dichiarazione "motivata e comprovata" circa l'esistenza di un segreto commerciale deve fare riferimento, non potendo viceversa l'operatore limitarsi ad una mera e indimostrata affermazione tesa a ricomprendere certe informazioni nel patrimonio aziendale o nella peculiarità dell'offerta*».

*servata ad elaborazioni e studi ulteriori, di carattere specialistico, che trovino applicazione in una serie indeterminata di appalti, e siano in grado di differenziare il valore del servizio offerto solo a condizione che i concorrenti non ne vengano mai a conoscenza»<sup>15</sup>.*

In merito peraltro, la dottrina ha evidenziato come, alla luce delle prassi aziendali, costituiscano indici sulla base dei quali provare un segreto commerciale, l'esistenza di contratti di riservatezza o *non disclosure agreement*, l'esistenza di contratti di cessione o di licenza dei segreti commerciali (c.d. contratti di *know how*) ovvero la stipulazione di patti di non concorrenza<sup>16</sup>.

L'unica deroga a questa eccezione assoluta è prevista nel comma 6 dell'art. 53 del Codice, in relazione all'accesso documentale, c.d. difensivo, del concorrente in ordine alle informazioni contenute nell'offerta tecnica o nelle giustificazioni di altro concorrente, necessarie per la tutela in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto<sup>17</sup>.

Si apre così il delicato rapporto tra l'esigenza di accedere ai documenti di gara, in particolare all'altrui offerta tecnica, da parte del concorrente che intenda esercitare i propri diritti di azione giurisdizionale e le esigenze di riservatezza di un operatore economico che voglia mantenere riservato il proprio *know how* aziendale.

### **3. Recenti percorsi giurisprudenziali sul rapporto tra accesso e riservatezza aziendale**

Così tracciate le coordinate ermeneutiche di carattere generale sulla disciplina speciale contenuta nel Codice dei Contratti in merito all'accesso ai documenti di gara, può ora compiersi un'analisi del formante giurisprudenziale sviluppatosi in merito al rapporto tra l'esclusione del diritto d'accesso di cui all'art. 53, comma 5, lett. a) del Codice dei Contratti, come visto volto a tutelare i se-

---

<sup>15</sup> T.A.R. Lazio Roma, Sez. V, 15 febbraio 2022, n. 1872; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 11 agosto 2021, n. 9363, entrambe in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>16</sup> Cfr. V. MIRRA, *Accesso agli atti di gara e segretezza industriale: una conciliazione impossibile?*, in *Urb. e App.*, n. 2/2020, p. 176

<sup>17</sup> Ecco che allora l'eccezione di cui al comma 5 lett. a) non ha in realtà natura assoluta, ma relativa, in quanto destinata comunque a cedere di fronte ad una istanza di accesso difensivo con le caratteristiche descritte dal comma 6 dell'art. 53. Cfr. L. MINERVINI, *op. cit.*, p. 976.

greti tecnici e commerciali degli offerenti, e il successivo comma 6, che riconosce comunque l'accesso se necessario a garantire la tutela in giudizio degli interessi del richiedente.

Senza svolgere una analisi diacronicamente risalente, stante il rilievo nomofilattico, si ritiene di poter muovere proprio da quanto affermato dalla già citata decisione dell'Adunanza Plenaria n. 10/2020, che ha ritenuto di ribadire che l'esclusione del diritto d'accesso in relazione alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscono, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici e commerciali abbia natura assoluta, qualificando però la necessità di difesa in giudizio di un altro concorrente come «*unica eccezione all'eccezione ammessa*»<sup>18</sup>.

La piana lettura del passaggio motivazionale citato non è stata però in grado di sciogliere diversi dubbi interpretativi e, in particolare, in primo luogo, quelli relativi al concreto atteggiarsi degli oneri delle parti e, quindi, che cosa debba intendersi per motivata e comprovata dichiarazione sulla sussistenza del segreto e, da contraltare, che cosa debba intendersi per necessità di difesa in giudizio degli interessi del richiedente. In seconda battuta, che tipo di valutazione deve compiere la pubblica amministrazione nel decidere se accordare o meno l'accesso o, in altri termini, se la natura dell'attività sia discrezionale o meno e quali conseguenze ne discendano in punto di ampiezza della tutela giurisdizionale.

#### **4. Gli oneri probatori del controinteressato e del richiedente l'accesso**

Venendo ad esaminare i profili attinenti al concreto rapporto tra segreto per esigenze di riservatezza aziendale del controinteressato e le esigenze di difesa in giudizio dell'istante, la giurisprudenza successiva alla citata sentenza dell'Adunanza Plenaria ha fornito alcuni spunti rispetto all'interpretazione dell'onere gravante sul controinteressato e su quello del ricorrente.

---

18 Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 10/2020, *cit.*, in part. punti 27.4-27.6.

In tale direzione, la giurisprudenza ribadisce, a livello generale, come il limite all'accessibilità del contenuto dell'offerta tecnica del partecipante alla gara sia subordinato all'espressa manifestazione di interesse da parte dell'impresa interessata, la quale deve quindi allegare la dichiarazione motivata richiesta dall'art. 53, comma 5, lett. a) idonea a comprovare la sussistenza del segreto, in mancanza della quale dunque non può neppure discorrersi di limitazione all'accesso<sup>19</sup>. Con maggiore impegno esplicativo, il Consiglio di Stato afferma che *«l'aggiudicatario non può paralizzare l'istanza di accesso agli atti del concorrente assumendo che siano in essi contenuti segreti "commerciali e industriali"; la sua opposizione deve essere adeguatamente circostanziata: è indispensabile, cioè, la precisa indicazione dei punti in cui sono contenute le informazioni che si vuol mantenere segrete, nonché la dimostrazione delle ragioni per le quali non vanno diffuse»*<sup>20</sup>.

Peraltro, la più recente giurisprudenza sembra aver avallato la tesi interpretativa per cui tale motivata opposizione all'accesso con indicazione dei segreti tecnici e commerciali non debba essere necessariamente resa, a pena di decadenza, dall'impresa in sede di presentazione dell'offerta,<sup>21</sup> ritenendo che la sede in cui la parte interessata al mantenimento del segreto ha manifestato le

19 Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 1 luglio 2020, n. 4220, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

20 Cons. Stato, Sez. V, 25 ottobre 2021 n. 7141. Cfr. anche T.A.R. Napoli, Sez. VI, 4 maggio 2021, n. 2971, secondo cui *«sussiste un preciso onere in capo all'interessato di dimostrare l'effettiva sussistenza di un segreto industriale e commerciale da salvaguardare, che si affianca all'onere della Stazione appaltante di valutare in modo motivato le argomentazioni presentate, al fine di verificare l'effettiva operatività del regime di segretezza da opporre al richiedente l'accesso agli atti della gara. Del resto, la decisione di partecipare, alla gara implica in nuce e ab initio la volontà di consentire il pieno disvelamento della domanda di partecipazione, delle caratteristiche dell'offerta formulata e financo di quelli che, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, costituiscono segreti tecnici o commerciali (in quest'ultimo caso, beninteso, allorquando ciò si renda necessario per l'esperimento di un'azione giurisdizionale avverso gli atti della procedura, a mente dell'art. 53, comma 5, lett. a, e comma 6, d.lgs. n. 50/2016)»*. In termini anche TAR Sardegna, Sez. I, 27.09.2021, n. 656; TAR Sardegna, Sez. I, 7.10.2021, n. 689, tutte reperibili in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

21 Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 7 aprile 2016, n. 3431, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), per cui *«la tutela del segreto tecnico o commerciale non può essere a sua volta opposta, per la prima volta, in sede di opposizione all'istanza di accesso, dovendo essere tale indicazione oggetto di esplicita dichiarazione resa in sede di offerta, come si desume: - sul piano letterale, dai riferimenti effettuati alle "informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte", e dalla dichiarazione, anch'essa resa dall' "offerente", in ordine al dato che le stesse costituiscono segreto tecnico o commerciale; - sul piano della ragionevolezza interpretativa, dal fatto che tale indicazione non può costituire un impedimento frapposto ex post dall'aggiudicatario, a tutela della posizione conseguita, nei confronti dell'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale da parte degli altri concorrenti»*. In senso conforme anche la già citata Cons. Stato, n. 4220/2020, cit.

sottostanti ragioni giustificative non rilevi quale pre-condizione per l'opposizione del segreto; la motivata dichiarazione di opposizione all'accesso può quindi intervenire anche successivamente alla presentazione dell'offerta e in sede di opposizione all'istanza di accesso, ancorché tale circostanza fattuale possa assumere tuttavia rilievo quale criterio di valutazione della meritevolezza dell'opposizione all'accesso<sup>22</sup>.

Chiarito perciò in questi termini l'onere probatorio gravante sul controinteressato all'accesso, la giurisprudenza, in coerenza col dato normativo, evidenzia però come la legge non ponga una regola di esclusione basata su una presunzione assoluta valevole *ex ante*, essendo necessario poi verificare le esigenze sottese all'istanza di accesso: *«ne consegue che, al fine di esercitare il diritto di accesso riguardo a informazioni contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali, è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità (da riguardarsi, restrittivamente, in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio»*<sup>23</sup>.

Anche la giurisprudenza più recente del Consiglio di Stato pare muoversi nella medesima direzione in merito all'interesse sotteso all'accesso, poiché, nel richiamare il giudizio di concreta necessità, declinato in termini di stretta indispensabilità, evidenzia che *«la mera intenzione di verificare e sondare l'eventuale opportunità di proporre ricorso giurisdizionale (anche da parte di chi vi abbia concreto ed obiettivo interesse) non legittima un accesso meramente esplorativo a informazioni riservate, perché difetta la dimostrazione della specifica e concreta indispensabilità a fini di giustizia»*<sup>24</sup>.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato dunque interpreta la norma di cui all'art. 53, comma 6 del Codice dei Contratti, ove prevede che *«è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto»*, in termini particolarmente stringenti e di-

<sup>22</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. III, ord. 26 ottobre 2021, n. 7173, in *GiustiziaInsieme.it*, con nota di M. SFORNA, *Limiti all'accesso agli atti di gara e al potere acquisitivo del giudice in presenza di segreti tecnici o commerciali e tutela brevettuale (nota a Cons. Stato, Sez. III, 26.10.2021, n. 7173)*.

<sup>23</sup> Cons. Stato, n. 4220/2020, *cit.*

<sup>24</sup> Cons. Stato, Sez. III, 31 maggio 2021, n. 4158; Cons. Stato, Sez. IV, 28 aprile 2021 n. 3418; Cons. Stato, Sez. V, 26 ottobre 2020, n. 6463, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

chiaratamente restrittivi, ritenendo corretto che la stazione appaltante operi una valutazione di «*stretta indispensabilità*» della documentazione ai fini della difesa in giudizio dell'istante.

A tale impostazione giurisprudenziale debbono tuttavia muoversi le prime critiche, in quanto confonde due diversi piani nei quali si dipana l'accesso c.d. defensionale e lo scrutinio che deve essere condotto.

In tal senso, è senz'altro vero che la formulazione di cui all'art. 53, comma 6 del Codice dei Contratti sia formulato in termini più stringenti di quanto non preveda la regola generale in tema di accesso defensionale di cui all'art. 24, comma 7, l. n. 241/1990, ma non nei termini in cui tale maggiore restrittività viene declinata dal Consiglio di Stato.

Invero, la norma speciale sull'accesso nei contratti pubblici è più restrittiva di quella generale in punto di finalità difensiva per cui sia consentito l'accesso, ma non già di grado di approfondimento del bisogno per cui tale accesso sia esercitato.

A ben vedere, a fronte di una disciplina generale che prevede la possibilità di accedere ai documenti anche prevalendo sulle esigenze di riservatezza per la «*cura o la difesa dei propri interessi giuridici*» (art. 24, comma 7 l. n. 241/1990), non richiedendo perciò, come peraltro noto, che tali attività si esplicino necessariamente sul piano giurisdizionale<sup>25</sup>, l'art. 53, comma 6 del Codice dei Contratti prevede la prevalenza dell'accesso difensivo anche sulla riservatezza aziendale solo se necessario per esigenze di difesa giudiziali in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale l'offerta tecnica è stata presentata<sup>26</sup>.

Dunque, sotto questo profilo, lo scrutinio dell'amministrazione e del giudice dell'accesso sarà senz'altro più stringente di quello previsto dalla legge generale sul procedimento amministrativo, dovendosi verificare che i documenti

---

25 Cfr. tra i tanti R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, VII ed., 2013-2014, p. 856 e giurisprudenza ivi richiamata.

26 Cfr. L. MINERVINI, *op. cit.*, p. 979, che la definisce una speciale figura di accesso c.d. "difensivo".

non siano finalizzati ad una generica cura degli interessi dell'istante, bensì che si pongano in nesso funzionale con la difesa in giudizio che l'istante ha proposto o deve proporre relativamente alla procedura di affidamento di cui il controinteressato è stato aggiudicatario.

Chiarito ciò però, non è allora condivisibile scrutinare in termini di stretta indispensabilità l'esigenza di accesso ai documenti ai fini della difesa in giudizio, poiché tale affermazione introduce nella norma un ulteriore requisito non previsto, che viene erroneamente mutuato da quanto previsto dall'art. 24, comma 7 l. 241/1990 con esclusivo riferimento al bilanciamento tra accesso defensionale ed esigenze di riservatezza relative ai dati sensibili<sup>27</sup>, locuzione che peraltro deve considerarsi oggi sostituita da quella dei dati particolari, che, ai sensi dell'art. 9, paragrafo 1, del regolamento UE 27 aprile 2016 n. 679, sono quelli che «*rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona*».

Come si vede, tra essi non rientrano i dati idonei a rivelare segreti tecnici o commerciali e, perciò, deve essere condivisa la posizione giurisprudenziale di primo grado che, su tali basi, rileva dunque che l'opposizione spiegata dal controinteressato rispetto ad una istanza di accesso ad offerta tecnica presentata in sede di gara non imponga una valutazione di stretta indispensabilità per assicurare la prevalenza del diritto di accesso sul contrapposto diritto alla riservatezza aziendale<sup>28</sup>.

Pur non rilevando come il principio si ponga in contrasto con la giurisprudenza del Consiglio di Stato, tale orientamento ha efficacemente chiarito che «l'accoglimento dell'istanza di accesso postula solo la necessità, da valutare in astratto,

<sup>27</sup> Ai sensi dell'art. 4 del D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 tali erano «*i dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale*». La norma è stata abrogata dall'art. 27, comma 1, lett. a), n. 1 del D.lgs. 10 agosto 2018, n. 101.

<sup>28</sup> T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 11 agosto 2021, n. 9363, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

*della conoscenza dell'offerta tecnica rispetto alla difesa in giudizio del concorrente che vanta la pretesa ostensiva, senza possibilità di invocare il più stringente parametro della stretta indispensabilità, come adombra invece l'amministrazione laddove contesta la mancata dimostrazione di un'adeguata intensità dell'interesse ostensivo da parte della ricorrente, poiché tale parametro non si estende ai segreti industriali e commerciali»<sup>29</sup>.*

Dunque, deve ritenersi che l'utilità dell'accesso al contenuto delle offerte tecniche, anche nelle parti contenenti segreti tecnici o commerciali, debba essere valutato in termini di necessità, come previsto in via generale dall'art. 24, comma 7 della L. n. 241/1990 per l'accesso defensionale in rapporto con le esigenze di riservatezza, ma non di stretta indispensabilità, come previsto dal secondo periodo della medesima norma in relazione ai più pregnanti dati sensibili e giudiziari; il maggior rigore della disciplina di cui all'art. 53, comma 6 del Codice si coglie invece solo sul piano del fine per cui è necessario l'accesso, *i.e.* la difesa in giudizio in relazione alla procedura in cui è presentata l'offerta a cui si chiede di accedere e non la generica cura o difesa dell'interesse dell'istante<sup>30</sup>.

In merito alla raggiunta conclusione circa la necessità di difesa in giudizio, possono svolgersi due ultime considerazioni, una di carattere positivo e una di carattere negativo.

La prima, posto che la norma richiede un interesse difensivo di natura giurisdizionale, deve rilevarsi che tale difesa in giudizio si può esplicare mediante la proposizione di una domanda di annullamento degli atti della procedura ovvero di una domanda di risarcimento del danno, anche eventualmente proposta in via autonoma<sup>31</sup>, pur specificandosi che, in merito all'eventuale esigenza difensiva inerente ad una domanda di annullamento, che ciò imponga «*un accurato controllo in ordine alla effettiva utilità della documentazione richiesta, ovvero sia un giudizio prognostico che non può prescindere dalle eventuali preclusioni processuali in cui sia incorso il richiedente*»<sup>32</sup>.

---

29 TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 24 gennaio 2022, n. 145, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

30 In senso conforme cfr. V. MIRRA, *Accesso agli atti di gara e segretezza industriale*, cit., p. 179.

31 Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 19 ottobre 2009, n. 6993, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

32 Cons. Stato, Sez. III, 15 luglio 2014 n. 3688, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Inoltre, con riferimento alla valutazione, più di merito, di utilità della documentazione ai fini difensivi, il Consiglio di Stato ha avuto cura di precisare, da un lato, che essa «*va valutata ex parte actoris, e non ex parte iudicis: in altre parole, l'utilità dei documenti oggetto dell'istanza di accesso deve essere apprezzata nel prisma delle facoltà difensive della parte richiedente, suscettibili di sviluppare le loro modalità esplicative (attraverso lo strumento, ad esempio dei motivi aggiunti) proprio sulla scorta della conoscenza dei documenti oggetto di accesso, e non nell'ottica dell'esercizio del sindacato giurisdizionale, necessariamente ancorato alle censure così come cristallizzate nella domanda di annullamento già articolata (ed in funzione del quale sono contemplati dall'ordinamento processuale i poteri istruttori del giudice)*», dall'altro che tale utilità «*deve intendersi nel senso della "pertinenza" degli stessi rispetto al thema decidendum delineato con la domanda di annullamento, e non nel senso più ristretto di idoneità degli stessi a determinare l'accoglimento della medesima domanda*»<sup>33</sup>.

La considerazione di carattere, per così dire, negativo, attiene al concludente rilievo per cui tali esigenze di difesa in giudizio dovranno necessariamente essere allegate dall'istante solo al fine di ottenere l'accesso all'offerta tecnica dell'aggiudicatario (*rectius*: a quelle parti di offerta tecnica) che contengano segreti tecnici e commerciali che siano rimasti comprovati sulla base della motivata dichiarazione dell'impresa controinteressata.

Di tal che, in assenza di dichiarazione ovvero in presenza di dichiarazione generica e comunque inidonea alla prova del segreto tecnico o commerciale, come sopra delineato, l'istante avrà senz'altro diritto ad accedere alla documentazione anche se non comprova l'esigenza di difesa in giudizio in relazione all'appalto per cui è causa<sup>34</sup>.

## **5. La natura dell'attività dell'amministrazione. Breve premessa generale sulla valutazione delle istanze di accesso**

---

33 Cons. Stato, Sez. III, 11 ottobre 2017, n. 4724, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

34 Cfr. V. MIRRA, *Accesso agli atti di gara e segretezza industriale*, cit., p. 180, ove l'A. richiama, quali interessi diversi dall'annullamento della aggiudicazione, la domanda risarcitoria in sede civile per concorrenza sleale, l'esercizio dell'azione penale o per sollecitare l'esercizio di poteri di autotutela.

Chiariti gli oneri gravanti sulle parti, può ora esaminarsi il correlato e successivo profilo inerente alla natura dell'attività che la stazione appaltante deve svolgere nel valutare l'accessibilità dell'offerta tecnica.

Senza voler svolgere in questa sede alcuna ampia digressione generale sull'istituto del diritto d'accesso documentale e sull'accesso civico generalizzato<sup>35</sup>, preme solo enucleare alcune brevi premesse, sulla scorta degli insegnamenti della dottrina, in merito alla diversa natura dell'attività che l'amministrazione è chiamata a compiere, in generale, nel rapporto tra accesso c.d. documentale e riservatezza, ai sensi dell'art. 24, comma 7 della l. n. 241/1990 e nel rapporto tra accesso civico generalizzato e riservatezza, *ex art. 5 bis* del Decreto Trasparenza.

Invero, pur presentando le due figure tratti comuni, ai nostri fini è particolarmente utile rilevare come il legislatore, con le due disposizioni ora citate, abbia dettato una diversa disciplina dei casi di limitazione del diritto di accesso, la quale, come rilevato in dottrina, è rivelatrice di una diversa composizione sul piano sostanziale dell'eventuale conflitto dell'interesse alla conoscenza con altri interessi<sup>36</sup>.

Muovendo dai dati normativi, da un lato, l'art. 24, comma 7 della l. n. 241/1990, contempla una precisa disciplina del rapporto tra accesso difensivo e riservatezza, prevedendo chiaramente che *«deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici»*; dall'altro, l'art. 5 *bis* del Decreto Trasparenza prevede invece che l'accesso civico generalizzato debba essere negato dall'amministrazione quando ciò sia *«necessario per evitare un pregiudizio concreto»*

---

35 In generale, per una ricostruzione delle forme del diritto d'accesso e dell'evoluzione sulla trasparenza amministrativa, v. ad es. A. SIMONATI, *I principi in materia di accesso*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, pp. 1209 ss.; ID., *La ricerca in materia di trasparenza amministrativa: stato dell'arte e prospettive future*, in *Dir. Amm.*, 2018, pp. 311-336 A. ROMANO, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, p. 910 ss.; A. CORRADO, *La trasparenza nella legislazione italiana*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 1407 ss.

36 F. FRANCIOSI, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica*, in *Federalismi.it*, n. 10/19, p. 15.

agli interessi pubblici descritti al comma 1 ovvero agli interessi privati descritti al comma 2 della norma.

Proprio in ragione della chiara diversità di formulazione letterale delle due discipline, la dottrina ha efficacemente rilevato allora che in relazione al rapporto tra accesso procedimentale con finalità difensiva e tutela della riservatezza, il bilanciamento risulta già effettuato dall'art. 24, comma 7 l. 241/1990; dunque «*nell'ipotesi dell'accesso gergalmente detto defensionale, la regola di composizione di un ipotetico conflitto è dunque fissata direttamente dal legislatore e non è pertanto più rimessa alla discrezionalità dell'Amministrazione; con la conseguenza che l'Amministrazione non ha più il potere discrezionale di stabilire essa quale sia l'interesse prevalente nel caso concreto*»<sup>37</sup>.

Diversamente, nella disciplina dettata in materia di accesso civico generalizzato, la costruzione dell'art. 5 *bis* del Decreto Trasparenza, che valorizza l'esame di un pregiudizio concreto da parte dell'amministrazione, è evidentemente costruita nel senso di affidare all'amministrazione la ponderazione e il temperamento degli interessi, tipicamente espressione di un potere discrezionale<sup>38</sup>: «*è l'amministrazione che deve decidere se la conoscenza pregiudichi un contrapposto interesse, pubblico o privato che sia; il che significa apprezzare e ponderare i diversi interessi per giungere alla conclusione che il diniego è necessario per evitare il pregiudizio dell'interesse ritenuto prevalente dal legislatore*»<sup>39</sup>.

37 F. FRANCIARIO, *op. cit.*, pp. 18-19

38 Cfr. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, pp. 72 ss, ora in M.S. GIANNINI, *Scritti*, vol. I, Milano, 2000, per il quale, come noto nella discrezionalità amministrativa riveste un ruolo centrale la ponderazione e il bilanciamento di interessi che l'amministrazione deve compiere per determinare il contenuto dell'atto, in particolare tra l'interesse pubblico che deve necessariamente perseguire e gli altri interessi, pubblici o privati, coinvolti nella fattispecie.

39 F. FRANCIARIO, *op. cit.*, p. 16. L'A. rileva come tale ricostruzione sia confermata anche dalle Linee Guida ANAC determinazione n. 1309 del 28 12 2016 in GU serie gen. N 7 del 10 1 2017, che affermano in merito che «*una generale e preventiva individuazione di esclusioni all'accesso generalizzato, ma (ba) rinviato a una attività valutativa che deve essere effettuata dalle amministrazioni con la tecnica del bilanciamento, caso per caso, tra l'interesse pubblico alla disclosure generalizzata e la tutela di altrettanto validi interessi considerati dall'ordinamento. L'amministrazione, cioè, è tenuta a verificare, una volta accertata l'assenza di eccezioni assolute, se l'ostensione degli atti possa determinare un pregiudizio concreto e probabile agli interessi indicati dal legislatore*» e dalla giurisprudenza Cons. Stato, Sezione consultiva atti normativi, parere 24 2 2016 n. 515, per cui «*in mancanza di criteri più dettagliati per la valutazione del pregiudizio che la pubblicazione potrebbe arrecare agli interessi tutelati, le amministrazioni potrebbero essere*

Tale impostazione, oltre che discendere dalla piana lettura delle norme di diritto positivo, trova una sua precisa *ratio* proprio nella diversità di presupposti che sono alle base delle due diverse tipologie di accesso e, in particolare, della legittimazione diffusa e immotivata sottesa all'istituto dell'accesso civico generalizzato, per cui dunque non è possibile operare a monte un bilanciamento di meritevolezza da parte della legge, ma deve ciò essere riguardato nel caso concreto da parte dell'amministrazione<sup>40</sup>.

Muovendo proprio da tale ricostruzione, altra dottrina ha allora esaminato le conseguenze sul piano della tutela giurisdizionale dell'impostazione descritta, in particolare con riferimento all'istituto dell'accesso civico generalizzato, ricordando che il rito sull'accesso ai documenti amministrativi, di cui all'art. 116 cod. proc. amm., attribuisce al giudice, previo accertamento della illegittimità del diniego, il potere di procedere al suo annullamento e di accertare il diritto ad avere i dati o i documenti ordinando, di conseguenza, all'amministrazione l'ostensione richiesta, anche in parte, se ritiene che vi siano interessi da tutelare<sup>41</sup>.

Pur essendo tale rito applicabile anche ai casi di diniego all'accesso civico generalizzato, tale accorta dottrina ha rilevato che, tuttavia, proprio a fronte del riconoscimento della natura discrezionale dell'attività dell'amministrazione, il giudice amministrativo non sempre potrà *«sostituirsi all'amministrazione (a dispetto del potere di accertamento riconosciutogli dal rito dell'accesso ex art. 116 c.p.a.), ostando a ciò l'art. 34, comma 2, cpa, (che prevede che il giudice amministrativo non si pronunci su po-*

---

*indotte ad utilizzare la propria discrezionalità nella maniera più ampia, al fine di estendere gli ambiti non aperti alla trasparenza».*

40 In senso conforme ancora F. FRANCIOSI, *op. cit.*, p.17: *«si correla al fatto che non è necessario vantare la titolarità di una situazione soggettiva qualificata per poter agire e che si può agire uti cives perché le forme e i limiti della protezione di tale interesse sono quelle consentite e riconosciute nei confronti del merito delle decisioni amministrative, ovvero quelle proprie dell'interesse semplice. Salva sempre la possibilità che nello specifico del caso concreto il mancato rispetto delle garanzie procedurali o la violazione dei limiti intrinseci alla spendita della discrezionalità amministrativa consentano di sostanziare la situazione in termini d'interesse legittimo, in presenza di interessi sufficientemente differenziati. L'esistenza di un potere di scelta dell'amministrazione su quale interesse debba ritenersi prevalente esclude in ogni caso la possibilità di configurare in termini di diritto e obbligo il rapporto tra richiedente l'accesso e amministrazione».*

41 Cfr. A. CORRADO, *L'accesso civico e i poteri del giudice amministrativo: alla ricerca di una azione in materia di accesso generalizzato*, in *Federalismi.it*, n. 10/2020, p. 171.

*teri non ancora esercitati), potendo, in caso di discrezionalità dell'amministrazione, solo verificare la correttezza dell'esercizio del poteres»<sup>42</sup>.*

Dunque, anche esaminando alcune sentenze pronunciate dal giudice amministrativo proprio in materia di accesso civico generalizzato, tale dottrina ricostruisce la particolare tutela dell'istante, a fronte dell'inerzia o di un diniego dell'amministrazione all'accesso civico, nel senso che il giudice amministrativo *«quando verifica che la valutazione degli interessi contrapposti non è stata fatta correttamente ovvero che la fase procedimentale partecipativa non è stata completata, procede ad annullare il diniego impugnato rinviando all'amministrazione per rieditare l'attività amministrativa e ordinando alla stessa di ripronunciarsi sull'istanza ricevuta»<sup>43</sup>.*

## **6. L'attività nella valutazione dell'istanza di accesso all'offerta tecnica del concorrente**

Poste tali coordinate generali, può ora esaminarsi la giurisprudenza che ha definito i termini e la natura della valutazione che la stazione appaltante compie laddove sia chiamata a verificare la sussistenza dei presupposti perché sia validamente negato l'accesso per la presenza di segreti tecnici o commerciali ovvero se, pur in presenza di motivata dichiarazione del controinteressato, debba prevalere l'accesso difensivo.

In primo luogo, la giurisprudenza ritiene che la *«stazione appaltante deve coinvolgere, in rispetto del contraddittorio, il concorrente controinteressato, nelle forme di cui alla disciplina generale del procedimento amministrativo, e richiede una motivata valutazione delle argomentazioni offerte, ai fini dell'apprezzamento dell'effettiva rilevanza per l'operatività del regime di segretezza»* di poi, dette argomentazioni *«dovranno essere criticamente considerate e soppesate dalla stazione appaltante, nell'ambito di una valutazione discrezionale a quest'ultima rimessa»<sup>44</sup>.*

Sul punto, con motivazioni che appaiono invero tratte, la giurisprudenza, anche di primo grado, conferma come la valutazione in merito alla di-

---

42 A. CORRADO, *op. ult. cit.*, p. 164.

43 A. CORRADO, *op. ult. cit.*, pp. 183-184.

44 Cons. Stato, n. 4220/2020, *cit.*

chiarazione di sussistenza di un segreto commerciale o industriale debba essere oggetto di un autonomo e discrezionale apprezzamento da parte della stazione appaltante, sotto il profilo della validità e della pertinenza delle ragioni prospettate a sostegno dell'opposto diniego, spettando ad essa decidere, in modo adeguatamente motivato e sulla base di un'idonea istruttoria, se le esigenze palesate dall'aggiudicatario integrino un effettivo segreto commerciale tale da poter essere opposto alla richiesta di accesso<sup>45</sup>.

Per dirla con le parole del Consiglio di Stato, si impone alla stazione appaltante *«una motivata valutazione delle argomentazioni offerte, ai fini dell'apprezzamento della effettiva rilevanza per l'operatività del regime di segretezza»*<sup>46</sup>, in adempimento dell'obbligo di controllo della fondatezza della dichiarazione dell'impresa controinteressata circa la sussistenza di specifici ambiti di segretezza industriale e commerciale.

Tale impostazione appare giustificata, come risulta ancora in giurisprudenza, da una visione del rapporto tra accesso difensivo e riservatezza aziendale per cui *«il bilanciamento tra i valori in gioco – trasparenza da un lato e riservatezza dall'altro - entrambi di rango costituzionale, non viene operato a monte dal legislatore, ma demandato di volta in volta alla stazione appaltante, la quale dovrà elaborare il relativo giudizio tenendo conto del modo in cui i confliggenti interessi si atteggiavano concretamente nel caso di specie»*<sup>47</sup>.

La tesi così esposta non è tuttavia condivisibile, proprio alla luce delle coordinate ermeneutiche generali che si sono sopra tracciate.

Infatti, anche nella disciplina normativa di cui all'art. 53 del Codice, in particolare nel rapporto tra l'esclusione di cui al comma 1, lett. a) e le esigenze di difesa in giudizio di cui al comma 6, è rinvenibile il medesimo schema che emerge nell'ambito dell'art. 24, comma 7, l. 241/1990 e dunque, in realtà, il bi-

---

45 Cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. II, 30 gennaio 2020, n. 437; TAR Lombardia, Milano, sez. I, 22 giugno 2021, n. 1526; TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 24 gennaio 2022, n. 145, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In dottrina si esprime in questi termini L. MINERVINI, *op. cit.*

46 Cons. Stato, sez. III, 16 febbraio 2021, n. 1437, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

47 TAR Sardegna, Sez. I, 15 febbraio 2021, n. 96, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

lanciamento tra riservatezza aziendale e accesso difensivo è già svolto a monte (anche) dal legislatore degli appalti in favore dell'accesso, sempre che emerga, a fronte della comprovata sussistenza del segreto tecnico o commerciale, la necessità dell'informazione ai fini della difesa dell'istante nel giudizio di annullamento dell'aggiudicazione del controinteressato (o del risarcimento per equivalente per mancata aggiudicazione)<sup>48</sup>.

Il modello, dunque, è del tutto diverso da quello, già sopra delineato, in tema di accesso civico generalizzato di cui all'art. 5 *bis* del D.lgs. n. 33/2013, in cui l'amministrazione è tenuta a verificare il pregiudizio concreto all'interesse protetto alla riservatezza, con ciò avendo visto che trattasi effettivamente di una valutazione discrezionale in senso tecnico, intesa come ponderazione tra interessi in conflitto<sup>49</sup>.

La conclusione pare oggi ancor di più avvalorata dalla citata sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10/2020, che ha riconosciuto, come detto in apertura (*supra* par. 1) la piena applicabilità della disciplina dell'accesso civico generalizzato anche alla materia dei contratti pubblici, in quanto, essendo applicabili contestualmente le due diverse tipologie di accesso, quello difensivo *ex art.* 53, comma 6 e quello civico generalizzato *ex art.* 5 del D.lgs. n. 33/2013, sarebbe priva di base giuridica l'equiparazione della natura dell'attività dell'amministrazione, che si è visto essere diversa nell'ambito dei

---

48 In giurisprudenza applica questa tesi TAR Marche, Ancona, Sez. I, 6 febbraio 2015, n. 116, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), per cui «il bilanciamento tra il diritto di accesso dei soggetti interessati e il diritto alla riservatezza non è stato rimesso alla potestà regolamentare e alla discrezionalità delle singole amministrazioni, ma è stato regolamentato compiutamente dalla legge che, nel prevedere la tutela della riservatezza del terzo ha fatto d'altra parte salvo il diritto degli interessati alla visione degli atti relativi ai procedimenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per difendere i propri interessi».

49 Tali profili sono pienamente colti e valorizzati da V. MIRRA, *Accesso agli atti di gara e segretezza industriale*, cit., p. 177, ove l'A. afferma, anche alla luce della circostanza per cui l'amministrazione non può, d'ufficio, valutare la sussistenza di eventuali informazioni contenenti segreti tecnici o commerciali, ma è necessaria la comprovata dichiarazione dell'offerente in merito, che «dunque, non sono le singole stazioni appaltanti a ponderare accesso e riservatezza. A ben vedere, questa ponderazione è già nella legge: il diritto alla segretezza aziendale è prevalente rispetto all'accesso agli atti di gara, a condizione che le ragioni dell'opposizione siano motivate e comprovate. Infatti, la valutazione della stazione appaltante implica una mera verifica circa la sussistenza dei presupposti per il rigetto dell'istanza e non un bilanciamento degli interessi ovvero l'esercizio di un potere discrezionale».

rapporti tra accesso documentale *ex* l. 241/1990 e accesso civico generalizzato *ex* art. 5 D.lgs. n. 33/2013.

In altre parole, l'accesso difensivo disciplinato dal Codice dei Contratti è del tutto sovrapponibile alla disciplina dell'accesso difensivo contenuta nell'art. 24, comma 7 della l. n. 241/1990, con la sola, per quanto rilevante, differenza che l'istante, per superare le qualificate esigenze di riservatezza aziendale consacrate in informazioni dell'offerta contenenti segreti tecnici o commerciali, non può limitarsi ad allegare la necessità di curare i propri interessi giuridici, dovendo fornire la più rilevante prova della necessità dell'informazione al fine di esercitare il proprio diritto di difesa nell'esercizio dell'azione di annullamento dell'aggiudicazione ottenuta dal controinteressato<sup>50</sup>.

La lettura qui offerta è coerente anche con ulteriori acquisizioni ermeneutiche svolte da altra sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, laddove si è occupata di analizzare i rapporti tra l'istituto dell'accesso documentale difensivo *ex* art. 24, comma 7, l. n. 241/1990 e gli strumenti di acquisizione probatoria disciplinati dal codice di procedura civile<sup>51</sup>.

La sentenza infatti, per quanto qui rileva, ha riconosciuto che «*all'interno della fattispecie giuridica generale dell'accesso, due anime che vi convivono, dando luogo a due fattispecie particolari, di cui una (e cioè quella relativa all'accesso cd. difensivo) può addirittura operare quale eccezione al catalogo di esclusioni previste per l'altra (e cioè, l'accesso partecipativo)*»<sup>52</sup>.

Tali assunti, seguendo la linea di pensiero qui esposta, sono pienamente applicabili anche alla materia dei contratti pubblici, in cui si delinea un sistema per cui, ove l'accesso sia esercitato solo con finalità partecipative, esso soggiacerà sempre al limite della riservatezza aziendale, mentre laddove l'accesso esercitato dal concorrente sia quello difensivo, con la particolare caratteristica della

50 Il che, ad esempio, come anche anticipato, è da escludersi in capo al terzo classificato nella gara che non dimostri di poter divenire aggiudicatario.

51 Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 25 settembre 2020, n. 19, in *GiustiziaInsieme.it*, 25 novembre 2020, con nota di M.R. CALDERARO, *Diritto d'accesso e acquisizione probatoria processuale (nota a Adunanza Plenaria n. 19/2020)*.

52 In part. par. 9.1.

difesa in giudizio relativa alla gara specifica per cui è esercitato, esso prevarrà sulla riservatezza connessa ai segreti tecnici o commerciali contenuti nell'offerta tecnica del concorrente.

Ciò che pare essere frutto dell'equivoco in cui incorre la giurisprudenza che richiama la natura ampiamente discrezionale della valutazione che dovrebbe essere compiuta dalla stazione appaltante, è l'erronea premessa per cui solo una ricostruzione siffatta consentirebbe di affermare che il giudizio che l'amministrazione compie si fonda sugli elementi che in concreto le parti offrono e che dunque l'amministrazione sarebbe chiamata a bilanciare.

Tuttavia, non pare condivisibile il postulato così descritto, che è appunto un equivoco, in quanto la circostanza che il legislatore abbia operato a monte il bilanciamento tra accesso difensivo e riservatezza, anche aziendale, con prevalenza del primo, non significa che l'amministrazione non debba verificare in concreto la sussistenza dei presupposti perché siano effettivamente configurabili e sussistenti, in prima battuta, il segreto tecnico o commerciale da proteggere sulla base della motivata dichiarazione dell'offerente; in caso di risposta affermativa, la successiva verifica, sempre evidentemente in concreto, circa l'effettiva necessità della conoscenza dell'informazione che sarebbe coperta da segreto al fine della difesa in giudizio rispetto quindi alle possibili censure che l'istante/ricorrente intenda muovere all'aggiudicazione<sup>53</sup>.

Sotto questo profilo, il Consiglio di Stato ha recentemente rilevato, proprio in merito alla valutazione circa la sussistenza del segreto tecnico o commerciale, che *«la verifica (...) implica un inevitabile margine di "affidamento" alla di-*

---

53 In termini generali rispetto all'accesso procedimentale difensivo ex l. n. 241/1990, è conforme la posizione di F. FRANCARIO, *op. cit.*, pp. 19-20: *«è convincimento diffuso che il conflitto debba essere risolto ogni volta nello specifico del caso concreto attraverso un opportuno bilanciamento degli interessi, che spetterebbe ovviamente effettuare in primis all'amministrazione, e in secundis al giudice, ogni qual volta all'interesse alla conoscenza vengano opposte esigenze di privacy delle persone fisiche o giuridiche (imprese). Un tale convincimento è però erroneo in quanto in realtà il legislatore attribuisce all'amministrazione questo potere di bilanciamento, in via generale, solo nell'ipotesi dell'accesso civico generalizzato. Al di fuori di questa ipotesi, opera direttamente egli stesso la composizione del conflitto individuando l'interesse prevalente e lasciando all'amministrazione il bilanciamento solo nell'ipotesi eccezionale del contrasto con interessi super sensibili e non nella generalità delle ipotesi».*

*chiarazione della parte interessata, cui spetta in via prioritaria apprezzare la relazione tra le informazioni riservate ed il suo specifico background esperienziale e ideativo: dichiarazione che non si sottrae, comunque, al sindacato del giudice amministrativo, inteso ad accertarne l'attendibilità, anche sulla scorta delle deduzioni della parte interessata ad ottenere la più ampia disponibilità di quelle informazioni, e rafforzato dall'accesso diretto alle stesse (solo) da parte del giudice, che consente ad esso di valutarne l'effettiva riconducibilità al patrimonio tecnico e commerciale esclusivo dell'impresa cui ineriscono»<sup>54</sup>.*

In ciò deve consistere la verifica concreta demandata all'amministrazione, ma, accertata, in fatto, la sussistenza di entrambi gli elementi normativi descritti dall'art. 53 del Codice, *i.e.* il segreto da un lato e l'esigenza difensiva della specifica informazione dall'altro, l'amministrazione non è chiamata ad una ponderazione, ad un bilanciamento, tra interessi, che condurrebbe perciò a una scelta tra quale far prevalere e quale sacrificare ed entro che limiti, che è il *proprium* della discrezionalità amministrativa, bensì dovrà consentire l'accesso, perché tale bilanciamento è operato dal legislatore; d'altronde, così ben si spiega la già citata ricostruzione dell'Adunanza Plenaria per cui l'accesso difensivo costituisce una eccezione all'eccezione della riservatezza per sussistenza di un segreto tecnico o commerciale.

Né può dirsi che tale ricostruzione sarebbe sconfessata dalla condivisibile impostazione per cui, posto che l'esclusione dall'accesso di cui alla lett. a) dell'art. 53 è riferita alle «*informazioni*» e non all'offerta nel suo complesso, l'amministrazione, anche laddove il segreto sussista e non prevalga l'esigenza di difesa per omessa prova della necessità della conoscenza dell'informazione stessa, dovrà comunque consentire l'accesso parziale all'offerta, anche mediante l'adozione di cautele, quale la tecnica dell'oscuramento<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> Cons. Stato, ord. n. 7173/2021, *cit.*

<sup>55</sup> Sul punto v., anche per richiami giurisprudenziali, V. MIRRA, *Accesso agli atti di gara e segretezza industriale*, *cit.*, pp. 173-174. Nell' giurisprudenza più recente si v. TAR Lombardia, Milano, n. 145/2022, *cit.*, ove si legge che «*le esigenze di segretezza tecnica o commerciale sono meritevoli di tutela solo per le singole informazioni - da oscurare - sottoposte a tutela brevettuale o a privativa industriale o commerciale, che siano puntualmente e motivatamente indicate dall'impresa controinteressata*».

Invero, la tecnica in esame non si pone quale conseguenza della natura discrezionale dell'attività dell'amministrazione nell'operare un bilanciamento tra esigenza di accesso e riservatezza, bensì unicamente nel senso di verificare l'eventuale prevalenza della riservatezza aziendale comprovata rispetto alla non provata necessità dell'informazione coperta da segreto; ma laddove tale necessità – lo si ribadisce, della specifica informazione e non già dell'offerta nel suo complesso – risultasse provata, l'amministrazione non potrebbe procedere all'oscuramento, neppure parziale, della citata informazione contenente segreti tecnici e commerciali.

In altre parole, la valutazione di quali informazioni oscurare non è rimessa alla valutazione discrezionale, sulla base di un prudentiale bilanciamento, dell'amministrazione, bensì trova la sua fonte e piena disciplina nella legge: se l'informazione (o le informazioni) che contengono segreti tecnici o commerciali comprovati non risultano essere necessarie per la difesa in giudizio per mancanza di prova offerta dall'istante, l'amministrazione procederà ad oscurarla, consentendo l'accesso alle altre parti dell'offerta per cui tale prova di sussistenza del segreto non è fornita, viceversa se risultasse provata la necessità difensiva giurisdizionale di tali informazioni, l'accesso dovrà essere integralmente consentito, senza oscuramento alcuno.

## **7. Conseguenze sul piano della tutela giurisdizionale**

Le conseguenze di tale impostazione sono di notevole portata sotto il profilo del sindacato giurisdizionale che deve considerarsi ammesso in relazione al provvedimento adottato dall'amministrazione in merito all'istanza di accesso difensivo proposta<sup>56</sup>.

Sulla scorta di quanto già rilevato in termini generali infatti, la ricostruzione dell'attività dell'amministrazione in termini di ponderazione discrezionale e bilanciamento concreto tra accesso e riservatezza, segnatamente tra accesso

---

<sup>56</sup> Esse peraltro appaiono abbastanza ignorate dalla stessa giurisprudenza che pure valorizza la natura discrezionale del potere dell'amministrazione, la quale non si preoccupa dell'eventuale limitazione al sindacato del giudice che ciò comporterebbe.

difensivo giudiziale e riservatezza aziendale, aprirebbe la strada ad un sindacato del giudice amministrativo che non potrebbe verificare pienamente la legittimità dell'attività amministrativa, ostando a ciò il già citato divieto di pronunciarsi su poteri amministrativi (discrezionali) non ancora esercitati, *ex art.* 34, comma 2 cod. proc. amm.

Il che tuttavia, come sopra argomentato, non rappresenta la reale natura del potere attribuito all'amministrazione in relazione all'esame di una istanza di accesso defensionale proposta dal concorrente al fine di impugnare l'altrui aggiudicazione, *ex art.* 53, comma 6 Codice dei Contratti, il quale interesse, se effettivamente sussistente in termini di necessità dell'informazione, pur coperta da segreto tecnico o commerciale, è considerato già dal legislatore prevalente e l'amministrazione è chiamata solo a verificare la sussistenza, per quanto in concreto, del presupposto normativo; dalla cui accertata ricorrenza però non deriva in capo all'amministrazione un potere discrezionale di decisione tra più scelte tutte legittime, bensì unicamente quello di accordare preferenza all'accesso difensivo.

Sono dunque, nel caso del rapporto tra segreto tecnico o commerciale e accesso difensivo, pienamente esercitabili tutti i poteri che il rito sull'accesso *ex art.* 116 cod. proc. amm. accorda al giudice amministrativo, rientrando tale rapporto nell'ambito della tradizionale configurazione del diritto d'accesso ai documenti amministrativi originariamente descritto dalla legge generale sul procedimento amministrativo, seppur con la limitazione sulla necessità di difesa in giudizio rispetto alla procedura di gara, sul quale il rito sull'accesso è stato proprio costruito e che, al più, si può rivelare non pienamente esplicabile, come sopra analizzato, alla sola figura, di successiva introduzione, dell'accesso civico generalizzato<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> In giurisprudenza, proprio in relazione ad una istanza di accesso civico generalizzato proposta per ottenere copia dell'offerta tecnica ed economica e del piano finanziario dell'aggiudicataria da parte di una società che, pur essendo stata invitata alla procedura di gara, non aveva presentato alcuna offerta, ritenuta applicabile tale disciplina anche alla materia dei contratti pubblici e rilevato come l'amministrazione si fosse limitata ad un diniego generico, non congruamente motivato, si è affermato che «non è allo stato possibile ordinare l'esibizione dei documenti richiesti, spet-

Per ancor meglio comprenderne la rilevanza della questione, può farsi riferimento ad una recente sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che ha affrontato la problematica in discorso, ancorché non con riferimento alla disciplina italiana, la quale ha enunciato due principi di diritto, l'uno riferibile all'attività dell'amministrazione, l'altro al sindacato giurisdizionale.

Con il primo, la Corte ritiene che l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a effettuare un bilanciamento tra il diritto del richiedente a una buona amministrazione e il diritto del concorrente alla tutela delle sue informazioni riservate in modo che la sua decisione di rifiuto o la sua decisione di rigetto siano motivate e il diritto ad un ricorso efficace di cui beneficia un offerente escluso non venga privato di effetto utile; con il secondo, la Corte afferma che il giudice nazionale è tenuto a effettuare un bilanciamento tra il diritto del richiedente di beneficiare di un ricorso effettivo e il diritto del suo concorrente alla tutela delle sue informazioni riservate e dei suoi segreti commerciali.

A tal fine, detto giudice, che deve necessariamente disporre delle informazioni richieste, comprese le informazioni riservate e i segreti commerciali, per essere in grado di pronunciarsi con piena cognizione di causa sulla comunicabilità di dette informazioni, deve procedere a un esame di tutti gli elementi di fatto e di diritto pertinenti. Esso deve inoltre poter annullare la decisione di rifiuto o la decisione recante rigetto del ricorso amministrativo se queste ultime sono illegittime e, se del caso, rinviare la causa dinanzi all'amministrazione aggiudicatrice, o adottare esso stesso una nuova decisione qualora il suo diritto nazionale lo autorizzi a farlo<sup>58</sup>.

---

*tando viceversa all'Autorità che detiene la documentazione stabilire motivatamente se – e in che misura – vi ostino concretamente i vincoli posti dalla disciplina applicabile» onerando così l'amministrazione «di una nuova valutazione dell'accesso, anche di quello civico, con interpello delle imprese interessate e con eventuale successiva valutazione di un rilascio anche parziale, per le parti dei documenti non coperti da esigenze di riservatezza ai sensi del comma 2 dell'art. 5 bis sopra citato oppure dell'art. 24 della legge 241/1990» (TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 11 gennaio 2019, n. 45). In tema v. ancora A. CORRADO, *L'accesso civico e i poteri del giudice amministrativo*, op. cit., p. 186.*

58 Cfr. Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 7 settembre 2021, n. C-927/19, in *Urb. e App.*, n. 1/2022, pp. 38 e ss., con nota di S. VITALI, *Trasparenza amministrativa e accesso agli atti riservati nelle procedure ad evidenza pubblica*.

Ora, è vero che il primo principio di diritto enunciato sembrerebbe affermare, come appare essersi fatto in dottrina, che l'attività dell'amministrazione sia quella di un vero e proprio bilanciamento tra interessi<sup>59</sup>.

Ma, invero, la Corte non pare muoversi nell'ambito di una autonoma valutazione discrezionale dell'amministrazione, bensì nel senso di valorizzare il ruolo della motivazione della decisione dell'amministrazione in merito agli elementi che la stessa ha valutato per consentire o negare l'accesso<sup>60</sup>; di tal che, appare a chi scrive che essa non intenda affatto affermare che l'amministrazione sia titolare di un potere discrezionale autonomo e ad essa riservato.

Ma, in ogni caso, anche a voler ritenere che la Corte demandi il bilanciamento in concreto all'amministrazione, si deve ricordare come ciò non abbia diretta rilevanza per il nostro ordinamento, in quanto il diritto sovranazionale fa comunque salve le disposizioni nazionali cui è soggetta l'amministrazione aggiudicatrice che, per le ragioni ampiamente esposte, individuano chiaramente la prevalenza già in astratto del diritto d'accesso difensivo<sup>61</sup>.

Ancor di più, per quanto qui rileva, vale porre l'accento sulla circostanza per cui la Corte, nell'affermare che il giudice deve conoscere pienamente della

---

59 Cfr. S. VITALI, *op. ult. cit.*, p. 46. Anche A. MAGLIARI, *Diritto d'accesso agli atti di gara e tutela della riservatezza*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1/2022, p. 85, che afferma chiaramente che «non sfuggirà come nel diritto europeo la mancanza di una definizione positiva delle regole del bilanciamento abbia portato la Corte di Giustizia UE ad accordare una tendenziale prevalenza al diritto alla riservatezza tecnica su quello d'accesso (anche nella sua declinazione defensionale), e ad affidare all'amministrazione aggiudicatrice il compito di operare, caso per caso, il giudizio di bilanciamento tra le due esigenze, individuando altresì alcune soluzioni pratiche volte ad assicurare un effettivo contemperamento tra opposti interessi». L'A. peraltro, nel far ciò e in senso adesivo con l'impostazione qui proposta, sottolinea come una tale impostazione sia distinta da quella prescelta dal legislatore nazionale: "stando alla lettera della normativa nazionale, deve ritenersi precluso all'amministrazione il potere (discrezionale) di determinare la soluzione più appropriata al caso concreto all'esito di una ponderazione tra gli interessi in gioco» (p. 84).

60 Ciò è ben evidente nel passaggio motivazionale in cui la Corte afferma che «al fine di effettuare il bilanciamento (...) un'amministrazione aggiudicatrice deve indicare chiaramente i motivi per i quali ritiene che le informazioni alle quali è chiesto l'accesso o, quanto meno, alcune di esse, siano riservate», proseguendo che «l'amministrazione aggiudicatrice deve non solo motivare la sua decisione di trattare determinati dati come riservati, ma deve altresì comunicare in una forma neutra, per quanto possibile e purché una siffatta comunicazione sia tale da preservare la natura riservata degli elementi specifici di tali dati per i quali una protezione è giustificata a tale titolo, il loro contenuto essenziale all'offerente che li richiede, e più in particolare il contenuto dei dati concernenti gli aspetti determinanti della sua decisione e dell'offerta selezionata» (par. 122 e 123).

61 In termini A. MAGLIARI, *op. cit.*, p. 86.

questione a lui sottoposta, verificando tutti gli elementi oggetto di scrutinio e, in particolare, la dichiarazione sulla sussistenza del segreto tecnico o commerciale, rimette alla normativa dei singoli Stati membri la necessità che, in caso di annullamento della decisione dell'amministrazione, sia l'amministrazione a doversi ripronunciare ovvero possa il giudice stesso decidere sull'ostensibilità dell'informazione.

Proprio da tale ultimo passaggio si coglie la assoluta rilevanza, pure non pienamente colta e indagata dalla giurisprudenza nazionale, della qualificazione della natura dell'attività dell'amministrazione, in quanto è quest'ultima, nel nostro sistema di giustizia amministrativa, a determinare se il sindacato del giudice possa estendersi o meno a conoscere della fondatezza dell'istanza del privato, in questo caso di accesso, come si è sopra visto.

E, per tutte le ragioni illustrate in precedenza, nel nostro ordinamento deve propendersi, ad avviso di chi scrive, per un sindacato pieno del giudice amministrativo in relazione al rapporto tra accesso difensivo e riservatezza aziendale (diversamente che in relazione al rapporto tra accesso civico generalizzato e segreto), stante la natura dell'attività che l'amministrazione è chiamata a compiere, essendo già svolto a monte dal legislatore il bilanciamento, in astratto, tra interesse alla difesa in giudizio e riservatezza aziendale<sup>62</sup>.

---

62 In argomento, si deve segnalare la già citata recente ordinanza n. 7173/2021 della III Sezione del Consiglio di Stato, che, ha, in primo luogo, accolto l'istanza istruttoria della ricorrente, rilevando che l'offerta tecnica costituisce documento essenziale sul quale basa il provvedimento di aggiudicazione impugnato, rilevante ai sensi dell'art. 46 comma 2 c.p.a. e che «*non si tratta dunque di acquisire documenti estranei al procedimento, o in possesso di altre amministrazioni o di terzi, quanto di documenti detenuti dall'amministrazione, afferenti il procedimento che ha condotto all'atto impugnato e oggetto di valutazioni istruttorie rilevanti ai fini del tenore finale dello stesso, necessari ai fini del giudizio*»; considerata la possibile presenza di segreti tecnici e commerciali in essa contenuti, ne ha ordinato il deposito integrale, dando poi mandato alla segreteria di provvedere ad oscurare «*le sole parti che secondo le comprovate dichiarazioni della controinteressata costituiscono segreto tecnico o commerciale, prima di porre il documento telematicamente a disposizione dell'appellante e di tutti gli altri contraddittori*». A fronte dell'oscuramento integrale da parte della segreteria, operato in ragione della opposizione così formulata dall'aggiudicataria, il Consiglio di Stato ha accolto la contestazione della ricorrente, in quanto la dichiarazione dell'aggiudicataria era meramente generica e non comprovata, assegnando a questo punto tuttavia un termine di trenta giorni alla stessa aggiudicataria «*per depositare agli atti di causa una relazione con l'individuazione motivata e puntuale delle parti dell'offerta tecnica da oscurare, di cui doveva essere depositata una copia con tali parti omissate, prescrivendo che, in caso di mancato adempimento nei termini indicati, si sarebbe provveduto all'integrale rilascio all'appellante della documentazione*

## 8. Conclusioni

All'esito dell'indagine che si è cercato di condurre, si può evidenziare come la pur sicura specialità della disciplina dettata dal legislatore in tema di bilanciamento tra riservatezza aziendale, *i.e.* tra le informazioni contenenti segreti tecnici o commerciali, e l'accesso all'offerta tecnica del concorrente, non porti con sé anche una deviazione rispetto alle categorie generali dell'istituto, secondo lo schema delineato dalla legge generale sul procedimento amministrativo.

Da un lato infatti, la specialità si coglie sotto il profilo oggettivo, in quanto l'accesso può essere prevalente sulla riservatezza aziendale solo per la difesa in giudizio in relazione alla procedura nella quale l'offerta è stata presentata e, sotto il profilo soggettivo, per il fatto che l'accesso difensivo può essere esercitato solo da un partecipante alla gara, che dimostri peraltro l'utilità della documentazione in relazione al giudizio che ha promosso o che intende promuovere avverso l'altrui aggiudicazione (o per ottenere il risarcimento del danno per equivalente).

Ma tale specialità, d'altro lato, si è cercato di dimostrare che non possa essere veicolo per l'introduzione di ulteriori e diversi presupposti per la valutazione dell'istanza d'accesso difensivo, quale la stretta indispensabilità della documentazione ai fini della difesa in giudizio.

Nonché, e soprattutto, essa si è visto come essa non possa condurre a delineare una diversa natura dell'attività dell'amministrazione nella valutazione della prevalenza dell'interesse all'accesso o alla riservatezza, rimettendola alla sua discrezionalità in senso proprio, quale bilanciamento di interessi.

---

*tecniche». Infine, sulla base della relazione dettagliata depositata dall'aggiudicataria in relazione alle informazioni costituenti segreti tecnici e commerciali, ha ritenuto di accogliere l'istanza istruttoria formulata dalla ricorrente, non ritenendo integrati i requisiti per disporre l'oscurezza delle parti dell'offerta tecnica. Tuttavia, nel far ciò, si premura di specificare preliminarmente che non viene in rilievo il rapporto tra esigenza di riservatezza del concorrente e interesse all'accesso difensivo, bensì il potere officioso del giudice atto a «garantire la completezza istruttoria del giudizio di merito, con particolare riguardo alla acquisizione al relativo compendio probatorio dei documenti di cui all'art. 46, comma 2, c.p.a., e non – se non in via meramente mediata - a soddisfare l'interesse ostensivo di una delle parti del giudizio, in funzione della difesa in giudizio degli interessi di cui essa è soggettivamente portatrice».*

Anche dunque prescindendo dalla questione in merito alla natura giuridica dell'accesso, che la dottrina esaminata nel lavoro evidentemente riconduce al diritto soggettivo, proprio in ragione dell'affermazione di un bilanciamento operato a monte dal legislatore nell'accesso procedimentale difensivo, a differenza che nell'accesso civico generalizzato<sup>63</sup>, ciò che preme in questa sede maggiormente evidenziare è proprio la necessità di escludere che l'amministrazione compia alcuna scelta di opportunità nel valutare se e in che limiti concedere l'accesso anche a informazioni contenenti segreti tecnici o commerciali.

L'amministrazione è, invece, chiamata a verificare, con una indagine certamente in concreto, la sussistenza o meno dei presupposti normativi perché possa operare, in prima battuta, l'eccezione alla regola dell'accessibilità anche dell'offerta tecnica del concorrente in relazione alle informazioni che contengano segreti tecnici o commerciali; in seconda battuta, valutare l'operatività ! dell'eccezione all'eccezione", *i.e.* la necessità (anche) di tali informazioni contenenti i segreti da parte dell'istante per svolgere le proprie difese in giudizio in relazione alla gara a cui ha partecipato.

Con la conseguenza, sul piano della tutela giurisdizionale, che il sindacato del giudice amministrativo non dovrà arrestarsi ad una mera valutazione circa la non irragionevolezza della valutazione dell'amministrazione e, soprattutto, potrà pienamente esplicarsi il potere del giudice amministrativo di cui all'art. 116, comma 4 cod. proc. amm., potendo già il giudice ordinare all'amministrazione l'esibizione dei documenti e non dovendo rimettere all'esercizio del potere discrezionale della p.a. tale valutazione.

---

63 Sul punto ad es. F. FRANCIOSI, *op. cit.*, pp. 25-27, ove l'A. evidenzia la sussistenza delle ragioni che militano verso l'affermazione chiara, in superamento alla posizione a suo tempo sostenuta dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 18 aprile 2006, n. 6, della natura di diritto soggettivo dell'accesso difensivo ai sensi della l. n. 241/1990, in contrapposizione con l'accesso civico generalizzato di cui al D.lgs. n. 33/2013, sottoposto alla valutazione discrezionale della p.a. e riconducibile all'interesse legittimo, evidenziando proprio come le diverse discipline che le governano, anche in punto di tutela giurisdizionale, debbano condurre al superamento dell'affermazione della citata sentenza della Plenaria per cui il dibattito sulla natura giuridica dell'accesso non avrebbe «*conseguenze ai fini dell'identificazione della disciplina applicabile al giudizio avverso le determinazioni concernenti l'accesso*». In senso conforme v. anche V. MIRRA, *Accesso agli atti di gara e segretezza industriale, cit.*, p. 175.

Solo tali conclusioni, per dirla con Dworkin, consentono di «*prendere i diritti sul serio*»<sup>64</sup>, tanto con riferimento all'accesso difensivo, quanto con riferimento alla riservatezza aziendale.

---

64 Cfr. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 2010.