

Ritiene il Collegio che debba trovare applicazione la disciplina dettata, per l'accesso agli atti delle procedure di gara, dall'art. 13, D.Lgs. n. 163/2006, il cui comma 1 rinvia alla disciplina generale dell'accesso dettata dagli artt. 22 e seguenti della legge n. 241/1990, salvo a dettare talune disposizioni speciali. Tra queste, quelle previste dal comma 5 che, a salvaguardia del diritto alla riservatezza dei partecipanti alle procedure di affidamento e dei soggetti privati che hanno formato alcuni degli atti ivi indicati, introduce un divieto di accesso e di divulgazione assoluto e non circoscritto (come quello di cui al precedente comma 3) alla fase anteriore rispetto all'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, in quanto finalizzato non già a tutelare la regolarità della procedura di affidamento quanto a proteggere le posizioni giuridiche soggettive dei concorrenti in gara e degli altri soggetti privati coinvolti. Il citato comma 5 prevede, invero, che "fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti segreti o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione: a) alle informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali". Il legislatore ha inteso quindi escludere dal raggio di azionabilità del diritto di ostensione la documentazione suscettibile di rivelare il know-how industriale e commerciale contenuto nelle offerte delle imprese partecipanti, sì da evitare che operatori economici in diretta concorrenza tra loro possano utilizzare l'accesso non già per prendere visione della stessa allorché utile a coltivare la legittima aspettativa al conseguimento dell'appalto, quanto piuttosto per giovare delle specifiche conoscenze possedute da altri al fine di conseguire un indebito vantaggio commerciale all'interno del mercato. Lo stesso comma 5 subordina, tuttavia, il funzionamento della causa di esclusione alla manifestazione di interesse da parte della stessa impresa cui si riferiscono i documenti cui altri intende accedere: è necessario, invero, che si tratti di informazioni integranti, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali. Giova considerare che lo stesso art. 13, D.Lgs. n. 163/2006, dopo aver previsto i casi in cui il diritto di accesso è escluso, dispone al comma 6 che "in relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettere a) e b), è comunque consentito l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso". Si tratta di previsione che riafferma quella tendenziale prevalenza del c.d. accesso difensivo, in generale disposta dall'art. 24, co. 7, l. n. 241/1990. Ebbene, né l'art. 13, co. 6, D.Lgs. n. 163/2006, né l'art. 24, nella formulazione risultante a seguito della legge n. 15/2005, prevedono che l'accesso c.d. difensivo, come tale prevalente sulle antagoniste ragioni di riservatezza o di segretezza tecnica o commerciale, possa e debba essere esercitato nella forma della sola visione, senza estrazione di copia. Quanto alla disciplina generale, in particolare, l'intervenuta normativa di cui alla l. n. 15 del 2005, modificativa in parte qua della l. n. 241 del 1990, comporta che debba ricomprendersi nel diritto di accesso sia la visione che il rilascio di copia del documento, attesa l'abrogazione della disposizione dettata dall'art. 24, comma 2, lett. d), nella formulazione originaria della l. n. 241/1990, che prevedeva, invece, a tutela della riservatezza dei terzi, persone ed imprese, la possibilità di escludere il diritto d'accesso «garantendo peraltro agli interessati la visione degli atti relativi ai procedimenti amministrativi, la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro interessi giuridici»: abrogazione che fa ritenere superata ogni possibilità di distinguere tra le due indicate modalità di accesso (in termini lo stesso Tar Bari, sez. I, 5 febbraio 2007, n. 337).