



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 395

DEL 12 aprile 2017

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Sibar S.r.l. – Lavori di manutenzione straordinaria per il miglioramento delle condizioni di sicurezza della S.S. 1 “Aurelia” S.S. 398 “Val di Cornia” mediante l’installazione di dispositivi amovibili per chiusura varchi ed attenuatori d’urto redirettivi in corrispondenza delle uscite e degli svincoli – Importo a base di gara: euro 751.805.000,00 - S.A.: Anas S.p.A. Compartimento della viabilità per la Toscana

PREC 41/17/L

Accesso agli atti – documentazione tecnica contenente segreti tecnici o commerciali – diniego dell’accesso – mancata dimostrazione dell’effettiva utilità della documentazione ai fini di uno specifico giudizio - legittimità

E’ legittimo il diniego opposto dalla stazione appaltante alla richiesta di ostensione della documentazione tecnica rispetto alla quale l’operatore economico aggiudicatario ha ritualmente espresso la volontà che fosse sottratta all’accesso agli atti in quanto contenente segreti tecnici appartenenti al proprio *know how* industriale e commerciale, quando l’istante non abbia dimostrato l’effettiva utilità di tale documentazione rispetto all’indizione di uno specifico giudizio.

Art. 53 d.lgs. n. 50/2016

Il Consiglio

VISTA l’istanza singola prot. n. 188433 del 21 dicembre 2016 presentata da Sibar S.r.l. con la quale l’operatore economico, classificatosi quarto nella graduatoria finale della gara in oggetto, ha censurato il diniego opposto dalla stazione appaltante Anas S.p.A. all’istanza di accesso alle parti dell’offerta tecnica della prima classificata coperti da segreto tecnico commerciale e visto quanto argomentato in ordine alla possibilità riconosciuta dall’art. 53, comma 6, d.lgs. n. 50/2016 di accedere anche a informazioni che costituiscono segreti tecnici o commerciali quando l’accesso è finalizzato alla difesa in giudizio dei propri interessi e circa la mancata esigenza di accedere anche agli atti della seconda e della terza classificata, avendo già acquisito *aliunde* elementi a sostegno della loro possibile esclusione dalla gara;

VISTA la memoria di replica di Anas S.p.A., prodotta a seguito dell’avvio del procedimento e acquisita al prot. n. 24648 del 15 febbraio 2017, nella quale la stazione appaltante evidenzia di avere motivatamente negato l’accesso alle parti dell’offerta tecnica per le quali l’operatore economico aggiudicatario aveva ritualmente espresso la volontà che fossero sottratte all’accesso agli atti in quanto contenenti segreti tecnici appartenenti al *know how* industriale e commerciale poiché dalla istanza



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

dell'operatore economico, espressa in modo generico senza specificare i termini dell'asserito diritto di difesa, non sembravano ravvisarsi elementi sufficienti a giustificare l'accesso alla documentazione coperta da segreto per carenza dell'interesse diretto, concreto e attuale dell'istante;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 24738 del 15 febbraio 2017 nella quale l'operatore economico controinteressato primo in graduatoria ODOS Consorzio Stabile eccepisce: (i) l'inammissibilità dell'istanza stante la competenza in ambito stragiudiziale in materia di diritto all'accesso agli atti in capo al Difensore civico e alla Commissione per l'accesso (art. 25, comma 4, l. n. 241/1990); (ii) il difetto d'interesse del richiedente l'accesso agli atti, in quanto quarto in graduatoria; in particolare viene evidenziato come la mancata richiesta di accesso agli atti della seconda e delle terza classificata, che l'operatore asserisce avere già acquisito *aliunde*, dimostra che l'accesso agli atti non è finalizzato ad agire in giudizio per ottenere l'aggiudicazione della gara (perché, per fare ciò l'operatore avrebbe dovuto contestare le offerte del secondo e del terzo, cosa a cui invece non ha provveduto) ma risulta strumentale ad altri fini non tutelati dall'ordinamento, come ulteriormente dimostrato dall'avvenuta scadenza dei termini per l'impugnazione degli atti di gara; (iii) le ragioni di segretezza tecnico, commerciale e industriale a tutela del *know how* aziendale che, a suo dire, non possono nel caso considerarsi superate dall'esigenza dell'istante di coltivare la legittima aspettativa al conseguimento dell'appalto visto che il richiedente non ha dimostrato la concreta necessità di utilizzare la documentazione tecnica dell'aggiudicatario in uno specifico giudizio;

VISTA la nota acquisita al prot. n. 2275 del 13 febbraio 2017 con cui l'istante, in sede di contraddittorio, dichiara di ritenere di non dover inoltrare ulteriori memorie e/o documenti,

VISTO l'art. 53, comma 5, lett. a), d.lgs. n. 50/2016 in forza del quale sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione «alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali» e quanto disposto dal comma 6 del medesimo articolo secondo cui «In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lett.a), è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto»;

VISTO il parere di precontenzioso n. 6 del 6 febbraio 2013 nel quale viene affermato che «Ai sensi dell'art. 13, comma 5, D.lgs. n. 163/2006 [trasfuso nell'art. 53, comma 5, d.lgs. n. 50/2016], è esclusa 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. È consentito, però, l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi, in relazione alla procedura di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso (Consiglio Stato, sez. VI, 10 maggio 2010, n. 2814)»;

VISTO il parere sulla normativa n. AG21 del 27 maggio 2010 dove viene ulteriormente precisato che «Il combinato disposto dei commi 5 e 6 [dell'art. 13 del d.lgs. n. 163/2006] riproduce la vexata quaestio sul rapporto tra il diritto di accesso e la tutela della riservatezza, risolto con espressioni simili anche dall'art. 24, co. 7 della l. 241/1990: “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 [...]”. Nel caso dei contratti pubblici, invero, non è sufficiente il riferimento alla cura di propri interessi ma è richiesto espressamente che l'accesso sia effettuato in vista della difesa in giudizio.(...). Riguardo al temperamento dei contrapposti interessi, sebbene il legislatore abbia sancito la prevalenza del diritto di difesa, tuttavia “il tenore letterale e la ratio della disposizione legislativa in questione impongono infatti un'attenta valutazione – da effettuare caso per caso – circa la stretta funzionalità dell'accesso alla salvaguardia di posizioni soggettive protette, che si assumano lese, con ulteriore salvaguardia, attraverso i limiti così imposti, degli altri interessi coinvolti, talvolta rispondenti a principi di pari rango costituzionale rispetto al diritto di difesa” (Cons. Stato, Sez. VI, sent. 19/06/2008, n. 3083). La stazione appaltante, pertanto, considerata la fondatezza e la motivazione della richiesta di accesso e sentiti i contro interessati, deve valutare se sia stata dimostrata la concreta necessità di utilizzare la documentazione richiesta in uno specifico giudizio»;

VISTO quanto statuito dal Consiglio di Stato, sez. V, nella sentenza n. 3079 del 17 giugno 2014 in relazione al bilanciamento degli interessi contrapposti alla trasparenza ed alla riservatezza così come disciplinato nel Codice dei contratti, tale da definire «esattamente l'ambito di applicazione della esclusione dall'accesso, ancorandola, (...) sul piano oggettivo, alla sola esigenza di una difesa in giudizio (in questa prospettiva, quindi, la previsione è molto più restrittiva di quella contenuta nell'art. 24, l. n. 241 cit., la quale contempla un ventaglio più ampio di possibilità consentendo l'accesso ove necessario per la tutela della posizione giuridica del richiedente, senza alcuna restrizione alla sola dimensione processuale). Ne consegue la necessità di un accurato controllo in ordine alla effettiva utilità della documentazione richiesta. Tale giudizio prognostico (...) non può prescindere dalle eventuali preclusioni processuali in cui sia incorso il richiedente, quale nel caso in esame, l'esclusione della istante dalla gara con provvedimento divenuto definitivo, essendo scaduti i termini per proporre ricorso»;

CONSIDERATO che, nel caso in esame, nell'istanza di accesso, Sibar S.r.l., quarta classificata, ha chiesto l'accesso a “tutta la documentazione presentata ed in particolare di quella contenuta nella busta B” dell'aggiudicataria, ma non della seconda e della terza classificata, indicando a motivo un generico “interesse diretto in quanto la scrivente ha partecipato alla gara”;

CONSIDERATO altresì che, a fronte del riscontro della stazione appaltante che ha delimitato l'assenso all'accesso negando l'ostensione dei documenti tecnici coperti da segreto tecnico e commerciale,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

l'istante ha ribadito l'istanza dichiarando di avere «interesse all'accesso agli atti di gara, presumendo che ci siano dei profili di illegittimità da fare valere in sede giurisdizionale» e di non avere «alcuna necessità» di accedere alla documentazione della seconda e della terza classificata, anch'essa affetta da profili di illegittimità che meritano attenzione nella giusta sede giurisdizionale (lettera Studio Legale Avv. Giancarlo Di Biase, 28 ottobre 2016);

CONSIDERATO che Sibar non è intervenuta alla convocazione presso gli uffici dell'Anas per svolgere l'accesso alla documentazione resa disponibile dalla stazione appaltante e non ha contestato con nessuna modalità, tantomeno in sede processuale, la legittimità della posizione della seconda e della terza classificata di cui ha dichiarato di avere già acquisito evidenza *aliunde*;

CONSIDERATO che l'istante, pur avendo incentrato il proprio interesse sulla documentazione tecnica dell'aggiudicatario (e avendo trascurato la possibilità di accedere alla restante documentazione facente parte dell'offerta), si è limitato a dichiarare genericamente l'intenzione di fare valere in sede giurisdizionale dei presumibili profili di illegittimità e non ha fornito alla stazione appaltante alcuna indicazione in ordine alla rilevanza della documentazione tecnica ai fini del potenziale giudizio;

RITENUTO, pertanto, che l'istante non ha dato conto dell'effettiva utilità della documentazione richiesta rispetto all'indizione di uno specifico giudizio che, peraltro, in quanto rivolto nei confronti della sola aggiudicataria, sarebbe stato comunque inidoneo a fargli conseguire l'aggiudicazione della gara stante la sua posizione di quarto graduato;

RITENUTO, dunque, che non avendo l'istante dimostrato la stretta funzionalità dell'accesso alla salvaguardia delle proprie posizioni soggettive protette e non rinvenendosi pertanto le condizioni per l'applicazione del comma 6 dell'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016, appare in questo caso prevalente l'interesse alla riservatezza della documentazione tecnica secretata tutelato dal comma 5, lett. a), d.lgs n. 50/2016;

RILEVATO che sulla questione posta può decidersi ai sensi dell'art. 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- è legittimo il diniego opposto dalla stazione appaltante alla richiesta di ostensione della documentazione tecnica rispetto alla quale l'operatore economico aggiudicatario ha ritualmente espresso la volontà che fosse sottratta all'accesso agli atti in quanto contenente segreti tecnici



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

appartenenti al proprio *know how* industriale e commerciale, poiché l'istante non ha dimostrato l'effettiva utilità di tale documentazione rispetto all'indizione di uno specifico giudizio.

—

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 28 aprile 2017

Il segretario Maria Esposito