



Per la Corte Ue la riservatezza prevale sulla trasparenza nell'accesso agli atti di gara

La Corte di giustizia europea privilegia il principio della privacy sulle offerte e su tutti i documenti di gara, in modo da non alterare la competizione tra concorrenti.

Una recente sentenza della Corte di giustizia europea (sezione III, 14 febbraio 2008, n. C-450/06) ha rivoluzionato il rapporto, fino a ora esistente, tra il diritto di accesso e il diritto alla riservatezza nel trattamento dei dati personali, nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. E ha capovolto il principio italiano secondo cui il diritto alla trasparenza e dunque alla difesa in giudizio possa prevalere su quello alla riservatezza che vorrebbe che i documenti di gara non siano accessibili da parte di altri concorrenti.

Il quadro normativo italiano

Ne fa le spese l'altro principio cardine, quello della trasparenza e dell'accesso agli atti che secondo la Corte non può prevalere. Diverso l'orientamento del codice dei contratti. Le conseguenze immediate per le stazioni appaltanti.

Nel nostro ordinamento giuridico il riconoscimento e la tutela del diritto alla protezione dei dati personali si ricava dal Dlgs 196/2003 (codice in materia di protezione dei dati personali) che, all'articolo 2, predispone quale finalità del codice quella di garantire «che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identi-

tà personale e al diritto alla protezione dei dati personali».

L'articolo 59 del Dlgs 196 disciplina il rapporto tra accesso ai documenti amministrativi e il diritto alla riservatezza, stabilendo che «fatto salvo quanto previsto dall'articolo 60, i presupposti, le modalità, i limiti per l'esercizio del diritto di accesso a documenti amministrativi contenenti dati personali, e la relativa tutela giurisdizionale, restano disciplinati dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e dalle altre disposizioni di legge in materia, nonché dai relativi regolamenti di attuazione, anche per ciò che concerne i tipi di dati sensibili e giudiziari e le operazioni di trattamento eseguibili in esecuzione di una richiesta di accesso».

La legge 241/1990, all'articolo 22, prevedendo che «l'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza», dispone l'accessibilità a tutti i documenti dell'amministrazione pubblica fatta eccezione per quelli espressamente indicati dalla legge e dai regolamenti attuativi quali documenti segretabili.

Le fattispecie che possono escludere il diritto di accesso ai documenti amministrativi sono elencate dall'articolo 24 legge 241/1990 che, alla lettera «d)», prevede il



diniogo dell'accesso quando i documenti «ri-guardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono».

Il diritto alla riservatezza, almeno a prima vista salvaguardato dal legislatore, trova un proprio esplicito limite nel medesimo articolo 24 della legge 241/90 che al comma 7 dispone la seguente formula di chiusura: «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».

In sostanza, nella struttura della legge 241 del 1990, la riservatezza risulta quale limite del diritto alla conoscibilità degli atti, soltanto fino al punto in cui non contrasti con il diritto al contraddittorio e alla difesa in giudizio degli interessi e diritti meritevoli di tutela giuridica.

Su questo punto, già prima del codice dei contratti pubblici, la giurisprudenza si era pacificamente orientata per favorire l'obbligo della massima trasparenza della pubblica amministrazione anche in violazione del diritto alla riservatezza delle imprese.

L'articolo 13 del Dlgs 163/2006 ha disposto il contenuto dell'accesso nell'ambito degli appalti pubblici ai commi 5 e 6 (■ vedi box a lato).

Il codice da una parte (comma 5) tutela il diritto alla riservatezza delle imprese nei confronti delle richieste di accesso dei soggetti che, pur interessati al procedimento, non possiedono il ruolo di concorrenti e dall'altra, al comma 6 dell'articolo 13, esplicitamente consente l'accesso agli atti, anche in spregio del diritto alla riservatezza, qualora il richiedente sia un concorrente che lo richieda per la tutela in giudizio dei propri interessi.

La sentenza europea

La sentenza della Corte di giustizia europea (sezione III, 14 febbraio 2008, n. C-450/06) si pone in contrasto con questa norma e con il prevalente orientamento giurisprudenziale amministrativo.

Il punto di partenza della sentenza riguarda l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici: l'apertura a una concorrenza non falsata in

tutti gli Stati membri.

Per ottenere questo obiettivo è necessario, a dire della Corte, «che le amministrazioni aggiudicatrici non divulgino informazioni relative a procedure di aggiudicazioni di appalti il cui contenuto potrebbe essere utilizzato per falsare la concorrenza, sia in procedure di aggiudicazione in corso sia in procedure di aggiudicazione successive».

Un secondo aspetto che ha considerato la Corte, è il rapporto di fiducia che si instaura tra amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori economici partecipanti alle procedure di aggiudicazione.

La fiducia potrebbe essere minata, qualora l'amministrazione divulgasse notizie riservate che potrebbero arrecare pregiudizio agli operatori.

La tutela della riservatezza dei dati raccolti dalle amministrazioni aggiudicatrici è, secondo la Corte di giustizia, la base per poter garantire la fiducia tra i soggetti coinvolti nelle procedure di aggiudicazione e una sana concorrenza in materia di appalti.

Ne deriva che «nell'ambito di un procedimento di ricorso riguardante l'aggiudicazione di un appalto pubblico, l'organo responsabile di tale procedimento deve poter disporre che le informazioni contenute nel fascicolo relativo a tale aggiudicazione non siano trasmesse alle parti e ai loro avvocati, se ciò è necessario ad assicurare la tutela della concorrenza leale o degli interessi legittimi degli operatori».

Tuttavia, la tutela della riservatezza (e il conseguente divieto di accesso ai documenti che contengono dati riservati) va temperata con i principi generali del diritto processuale e, in particolare, con il principio del contraddittorio.

BASTA UN RICORSO PER VEDERE I DOCUMENTI

L'articolo 13 del codice dei contratti ai commi 5 e 6 così regola il diritto di accesso anche a scopi difensivi:

Articolo 13, commi 5 e 6 Dlgs 163/2006:

«5. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti segretiati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione:

a) alle informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali;

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

c) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;

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

6. 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».



Il principio del contraddittorio indica il diritto delle parti in un processo di prendere conoscenza delle prove e delle osservazioni presentate davanti al giudice e di discuterle. Si tratta di un diritto fondamentale, previsto dalla Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu) a garanzia di un processo equo.

La Corte, nella sentenza C-450/06, pur prendendo atto dell'importanza di questo principio ritiene che, nell'ambito di un ricorso contro una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico «il principio del contraddittorio non implica che le parti abbiano un diritto di accesso illimitato e assoluto al complesso delle informazioni relative alla procedura di aggiudicazione». Al contrario, «tale diritto di accesso deve essere ponderato con il diritto di altri operatori economici alla tutela delle informazioni riservate e dei loro segreti commerciali».

Dunque all'amministrazione aggiudicatrice spetta il delicato compito di decidere in che misura e secondo quali modalità occorra garantire la riservatezza e il segreto delle informazioni raccolte durante la procedura di gara, al fine di contemperare l'esigenza di riservatezza con il diritto di difesa delle parti coinvolte nella controversia.

Questa interessante sentenza, invero, si pone in linea con il dettato normativo imposto in materia di appalti dalla direttiva comunitaria 2004/18/Ce che all'articolo 6 dispone: «Fatte salve le disposizioni della presente direttiva, in particolare quelle relative agli obblighi in materia di pubblicità sugli appalti aggiudicati e di informazione dei candidati e degli offerenti, previsti rispettivamente all'articolo 35, paragrafo 4, e all'articolo 41, e conformemente alla legislazione nazionale cui è soggetta l'amministrazione aggiudicatrice, quest'ultima non rivela informazioni comunicate dagli operatori economici e da essi considerate riservate; tali informazioni comprendono in particolare segreti tecnici o commerciali, nonché gli aspetti riservati delle offerte».

Il legislatore comunitario, pur nella consapevolezza della importanza del rispetto del principio della trasparenza negli appalti pubblici, tutela il diritto alla riservatezza delle imprese e delle informazioni da queste fornite nella partecipazione alle gare d'appalto che costituisca segreto tecnico e commerciale.

Il legislatore nazionale, in fase di recepimento della direttiva, probabilmente condizionato dalla giurisprudenza nazionale che ha sempre fatto prevalere il diritto all'accesso sul diritto alla riservatezza, ha ritenuto tuttavia all'articolo 13 del codice di garantire una piena tutela al principio di trasparenza.

Questa scelta costituisce ora un difficile contrasto tra la normativa nazionale e quella comunitaria, acuito ulteriormente dalla sentenza C-450/06 che rileva come i giudici comunitari non concordino con quelli nazionali sulla assoluta inviolabilità della trasparenza quando questa avvenga in spregio di diritti alla riservatezza delle imprese.

Le conseguenze per le stazioni appaltanti

Questo contrasto diventa ora una complicazione ulteriore per la stazione appaltante che, a fronte di costanti richieste di accesso da parte di concorrenti alle gare d'appalto, deve assumersi la responsabilità di disapplicare una esplicita normativa nazionale e applicare la prevalente disposizione comunitaria ovvero applicare la normativa nazionale rischiando che il proprio comportamento venga dichiarato illegittimo in sede giurisdizionale comunitaria.

Vittorio Miniero