



10 – 11 MAGGIO 2022 – La Biodola



**DIRITTO DI ACCESSO
E
LA TUTELA
DEL KNOW HOW AZIENDALE NELLE
GARE PUBBLICHE**

LA NORMATIVA GENERALE

ACCESSO DOCUMENTALE

- Artt. 22 / 28 L. 241/1990
- DPR n. 184/2006

ACCESSO CIVICO

- D.Lgs. N. 33/2013 art. 5, comma 1

ACCESSO GENERALIZZATO

- D.Lgs. n. 33/2013 art. 5, comma 2

ACCESSO AI PROPRI DATI

- Artt 12 e 15 Reg. UE 2016/679 (GDPR)

CARATTERISTICHE PRINCIPALI DELL'ACCESSO DOCUMENTALE



FINALITA'

- consentire ai soggetti interessati di esercitare al meglio le facoltà - partecipative e/o oppositive e difensive – che l'ordinamento attribuisce loro a tutela delle posizioni giuridiche qualificate di cui sono titolari.

OGGETTO

- documenti amministrativi

INTERESSE QUALIFICATO

- interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso

CARATTERISTICHE PRINCIPALI DELL'ACCESSO CIVICO



Riguarda i soli atti, documenti e informazioni oggetto di obblighi di pubblicazione e costituisce un rimedio alla mancata osservanza degli obblighi di pubblicazione imposti dalla legge



CARATTERISTICHE PRINCIPALI DELL'ACCESSO GENERALIZZATO



FINALITA'

- favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico

OGGETTO

- tutti i dati e i documenti e informazioni detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli per i quali è stabilito un obbligo di pubblicazione

INTERESSE QUALIFICATO

- nessuno



Nell'accesso documentale il documento si presume **NON ACCESSIBILE** e perché diventi **ACCESSIBILE** si deve dimostrare di avere titolo all'accesso

Nell'accesso generalizzato il documento, il dato o l'informazione si presume **ACCESSIBILE** e spetta all'Amministrazione valutare se renderlo **NON ACCESSIBILE**

ADUNANZA PLENARIA CONSIGLIO DI STATO 10/2020



*l'istanza di accesso agli atti e ai documenti pubblici,
formulata in modo generico
senza riferimento ad una specifica disciplina,
**deve essere esaminata anche alla stregua della disciplina dell'accesso
civico generalizzato,***

La normativa speciale



art. 53 del D.Lgs. 50/2016 in materia di procedure contrattuali;

D.Lgs. 195/2005 in materia di informazioni ambientali;

art 3 sexies del D.Lgs. 152/2006 in materia di informazioni relative allo stato dell'ambiente e del paesaggio nel territorio nazionale;

art. 23 del D.Lgs. 105/2015 in materia di rischi incidenti rilevanti;

art. 18 del D.Lgs. 81/2008, in materia di Documento valutazione rischi lavoro.

Art. 53 DECRETO LEGISLATIVO 18 aprile 2016, n. 50

(Accesso agli atti e riservatezza)

Il diritto di accesso agli atti

delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, **è disciplinato dagli articoli 22 e ss. della L. n. 241/1990, salvo** quanto espressamente previsto nel presente codice

PROCEDURA ACCESSO DOCUMENTALE

RICHIESTA MOTIVATA

da un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale e' chiesto l'accesso

CONVOLGERE EVENTUALI «**CONTROINTERESSATI**»

(coloro che vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza)

OPPOSIZIONE

ENTRO 10 GG.

CHIUSURA PROCEDIMENTO ENTRO 30 GG

ESITI

IL RIFIUTO (ESPRESSO O TACITO)

DIFFERIMENTO

LIMITAZIONE



Art. 53 DECRETO LEGISLATIVO 18 aprile 2016, n. 50

(IPOTESI DI DIFFERIMENTO)

ELENCO DEI SOGGETTI CHE
HANNO PRESENTATO OFFERTE

- fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime,

OFFERTE

- fino all'aggiudicazione,

PROCEDIMENTO DI VERIFICA
DELL'ANOMALIA DELL'OFFERTA

- fino all'aggiudicazione.

(IPOTESI DI ESCLUSIONE)

... le 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' consentito l'accesso al concorrente **ai fini della difesa in giudizio** dei propri interessi **in relazione alla procedura di affidamento del contratto**

EQUIVALENZA SOSTANZIALE IPOTESI DI ESCLUSIONE



Art. 24, comma 6, L. 241/1990 **Esclusione dal diritto di accesso**

- **d) quando i documenti riguardano ... la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi ... industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorche' i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono**

Art. 5bis comma 2, D.Lgs. 33/2013 Esclusioni e limiti al accesso civico

- *L'accesso ... è altresì rifiutato se il diniego è necessario per evitare un **pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati:** ... c) **gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresa la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali***



Photo by [Annie Spratt](#) on [Unsplash](#)



qualche esempio notorio ...



Misura e qualità degli oli essenziali per l'aroma della coca cola



Ricetta del rivestimento di pollo



L'algorithmo di Google

Art. 98 DECRETO LEGISLATIVO 10 febbraio 2005, n. 30

I **segreti commerciali** sono le **informazioni** aziendali e le **esperienze tecnico-industriali**, comprese quelle commerciali, soggette al legittimo controllo del detentore, ove tali informazioni:

a) siano **segrete**, nel senso che **non siano** nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi generalmente **note o facilmente accessibili** agli esperti ed agli operatori del settore;

b) abbiano **valore economico** in quanto segrete;

c) siano sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a **misure** da ritenersi ragionevolmente **adeguate a mantenerle** segrete.

TIPOLOGIE DI KNOW HOW

ALGORITMI SOFTWARE	INFORMAZIONI DI RICERCA E SVILUPPO	METODI DI BUSINESS	METODI DI PRODUZIONE	ANALISI DI MERCATO	RAPPORTI COMMERCIALI
INFORMAZIONI SUI PREZZI	INFORMAZIONI SUI COSTI	INFORMAZIONI SULL'ACQUISTO	INFORMAZIONI SUL PERSONALE	TECNICHE D'UFFICIO	ELENCHI DI CLIENTI O FORNITORI
INFORMAZIONI FINANZIARIE E BUSINESS PLANNING	DATI DI RICERCA E SVILUPPO	KNOW-HOW E TECNOLOGIA DI PROCESSO	PROGRAMMI PER COMPUTER	BANCHE DATI INFORMATICHE	FORMULE E RICETTE
	INGREDIENTI	TECNICHE DI FABBRICAZIONE	TECNOLOGIA DI PRODOTTO	DATI DI MARKETING E PIANIFICAZIONE	

“SEGRETO”
(riservatezza)

No segretezza assoluta ma relativa:
informazioni non agevolmente
individuabili, reperibili, ricostruibili o
ottenibili da parte del concorrente che
operi nel settore

- inaccessibilità fisica (per es: supporti
fisici, database informatici, etc.)
- inaccessibilità intellettuale (non ovvietà
delle informazioni e della loro
configurazione)

VALORE ECONOMICO

Non necessariamente patrimoniale ma comunque capace di creare un vantaggio competitivo

Conoscenze che abbiano un applicazione commerciale o industriale; restano escluse quelle meramente teorico-scientifiche

No qualsiasi elemento di originalità dello schema tecnico del servizio offerto, ma elaborazioni e studi ulteriori, di carattere specialistico, che trovano applicazione in una serie indeterminata di appalti, e sono in grado di differenziare il valore del servizio offerto solo a condizione che i concorrenti non ne vengano mai a conoscenza



MISURE DI PROTEZIONE

per univoca volontà dell'imprenditore

tali da limitare la circolazione e la conoscibilità delle informazioni internamente all'azienda e con i terzi

di tipo fisico, informatico o normativo

qualche esempio di misure di sicurezza

USO DI PASSWORD PER FILES, FOLDERS O COMPUTERS	CONTROLLO AUTOMATIZZATO PER EVENTUALI MODIFICHE ALL'ORIGINALE	PULIZIA DELLA SCRIVANIA	BADGE PER LIMITARE L'ACCESSO AD AREE E STANZE SPECIFICHE	UTILIZZO DI STRUMENTI COME TRITURATORI, SERRATURE, ECC
NDA NON-DISCLOSURE AGREEMENTS	CLAUSOLE DI NON CONCORRENZA	MARCATURA DOCUMENTI: CONFIDENTIAL O THIRD PARTY CONFIDENTIAL	DIVIETO DI COPIE	DISTRIBUZIONE LIMITATA A NDA
	CLASSIFICAZIONE DOCUMENTI COME CRITICITÀ MASSIMA, MEDIA MINIMA	MONITORAGGIO ATTIVITA' DIPENDENTI	FORMAZIONE PERSONALE	

ricordiamoci che ...

La natura riservata delle informazioni deve essere dimostrata dall'impresa con comprovata e motivata dichiarazione



LA POSIZIONE DI CHI CHIEDE L'ACCESSO



Photo by [Danielle Rice](#) on [Unsplash](#)



Art. 53 DECRETO LEGISLATIVO 18 aprile 2016, n. 50

(ECCEZIONE ALL'ESCLUSIONE)

**E' consentito l'accesso al
concorrente
ai fini della difesa in giudizio dei
propri interessi in relazione alla
procedura di affidamento del
contratto**

ACCESSO DIFENSIVO

Occorre dimostrare:

- necessità della conoscenza del documento per tutela giurisdizionale
- situazione concretamente e obiettivamente incerta e controversa tra le parti
- l'interesse attuale e concreto

non spetta all'amministrazione vagliare la fondatezza o ammissibilità dell'azione proposta nella diversa sede giudiziale

Art. 53 DECRETO LEGISLATIVO 18 aprile 2016, n. 50

(RATIO)

occorre evitare un *“uso emulativo”* del diritto di
accesso

finalizzato unicamente a

*“giovarsi di specifiche conoscenze industriali o
commerciali acquisite e detenute da altri”*.



DALLA TEORIA ALLA PRATICA



gara per l'affidamento del servizio di realizzazione di campagne di comunicazione pubblicitarie

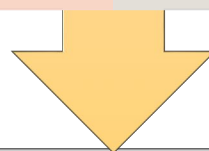
TAR LAZIO ROMA SENTENZA n. 3403/2022



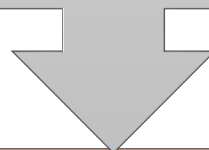
istanza di accesso per:

contratti con relativi importi e contraenti esibiti a comprova del possesso dei requisiti richiesti dal bando di gara;

curricula del team dei professionisti, alle dichiarazioni dei familiari conviventi e dei casellari giudiziari,

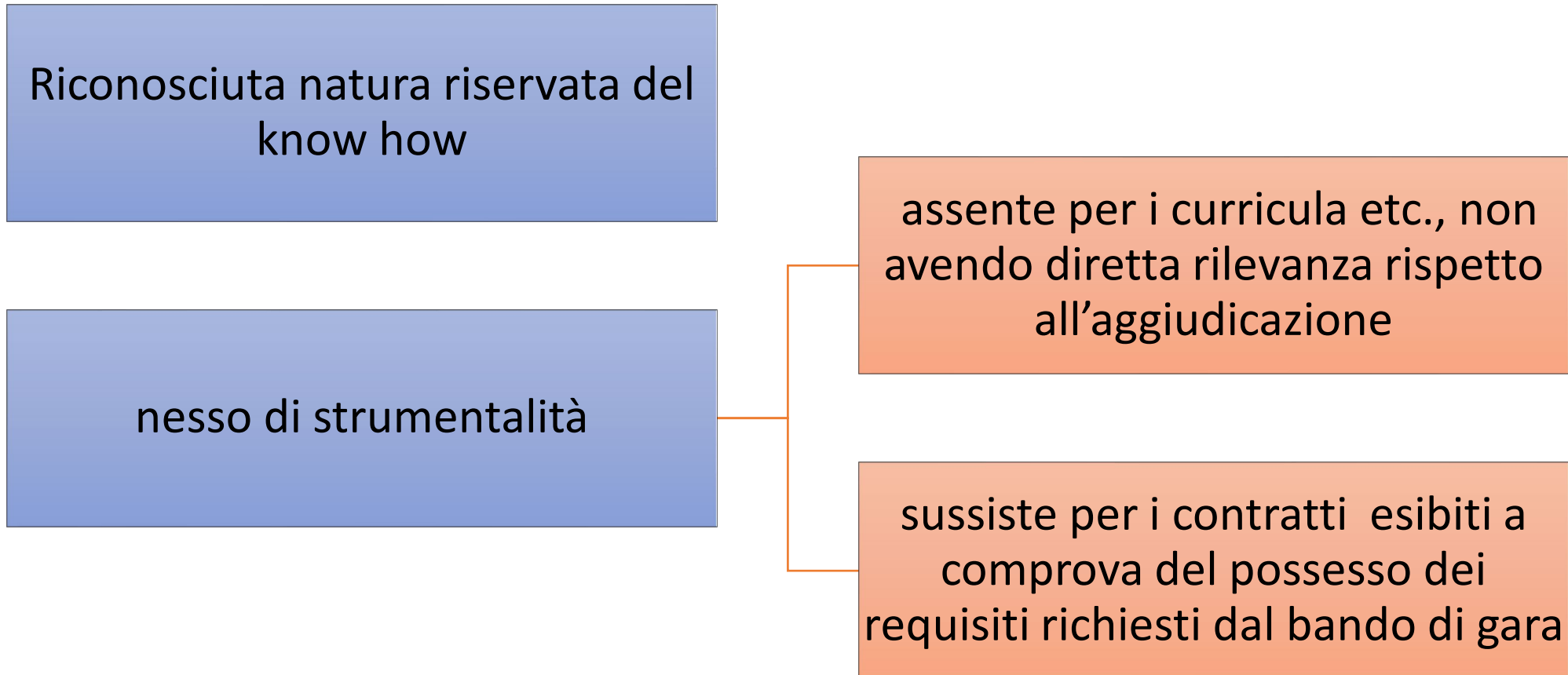


motivata dalla «necessità di difendere la propria posizione in ordine alla prospettata assenza dei requisiti che avrebbero, in tesi, dovuto rappresentare elemento da valutare ai fini di una sanzione espulsiva dell'operatore o comunque ostativo alla disposta aggiudicazione»



SILENZIO RIGETTO

Soluzione del TAR



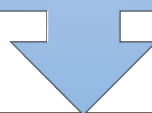


Gara per l'affidamento
del servizio di
sorveglianza sanitaria
dei lavoratori

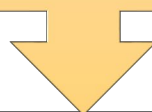
CONSIGLIO DI STATO SENTENZA n. 8858/2021



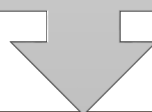
Istanza di accesso alla documentazione tecnica ed ai giustificativi forniti a dimostrazione della congruità dell'offerta economica



Motivata perché documenti essenziali per contestare l'attribuzione dei punteggi per l'offerta tecnica nonché la valutazione di asserita congruità dell'offerta.



Opposizione perché l'offerta tecnica è costituita da informazioni rappresentative di quel quid pluris che differenzia la Società dagli altri operatori economici che fanno parte del medesimo mercato; i dati sono espressione di un peculiare ed esclusivo Modello Organizzativo aziendale



l'Amministrazione ha confermato il diniego allegando "il diniego opposto dalla controinteressata",

soluzione del Consiglio di Stato



è mancata una valutazione dell'amministrazione sull'effettiva sussistenza di segreti tecnici-commerciali

la controinteressata si è limitata a motivare - ma non a "comprovare" - che nella parte della documentazione oscurata siano contenuti segreti tecnici-commerciali sub specie di "tecniche organizzative e logistiche e di potenziamento della rete relazionale sotto il profilo professionale"

nel valutare la effettiva sussistenza di un segreto tecnico-commerciale l'amministrazione deve riferirsi alla definizione normativa contenuta nell'art. 98 del Codice della proprietà Industriale

soluzione del Consiglio di Stato



nella definizione di segreti non può ricadere qualsiasi elemento di originalità dello schema tecnico del servizio offerto, perché è del tutto fisiologico che ogni imprenditore abbia una specifica organizzazione, propri contatti commerciali, e idee differenti da applicare alle esigenze della clientela.

La qualifica di segreto tecnico o commerciale deve invece essere riservata a elaborazioni e studi ulteriori, di carattere specialistico, che trovano applicazione in una serie indeterminata di appalti, e sono in grado di differenziare il valore del servizio offerto solo a condizione che i concorrenti non ne vengano mai a conoscenza

in caso di accesso per esigenze “difensive” la PA non deve svolgere ex ante alcuna valutazione sull’ammissibilità, sull’influenza o sulla decisività del documento richiesto nell’eventuale giudizio instaurato, salvo il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell’accesso difensivo stesso.

il diniego è illegittimo

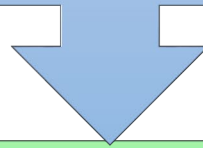


Gara per l'affidamento del multiservizio tecnologico di manutenzione degli impianti relativi agli immobili

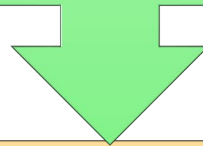
TAR LAZIO ROMA SENTENZA n. 1872/2022



istanza accesso su tutta documentazione amministrativa, tecnica ed economica oltre verbali e provvedimenti di indizione e aggiudicazione



motivata dalla necessità di contestare l'attribuzione dei punteggi tecnici attribuiti dalla Commissione



E' escluso l'accesso a gran parte del contenuto della relazione tecnica sia per motivi connessi alla presenza di segreti commerciali sia per la sussistenza di elementi di discrezionalità nella valutazione della commissione che non consentono di sindacarne il merito

soluzione del TAR



sussiste un nesso di necessaria strumentalità tra l'accesso richiesto e la difesa in giudizio della posizione giuridica del secondo graduato

tale nesso viene anche a configurarsi in termini di stretta indispensabilità, idonea eventualmente a prevalere su eventuali segreti di carattere industriale o commerciale

all'Amministrazione è precluso di formulare un giudizio ex ante sulla fondatezza delle censure con cui la ricorrente lamenta l'erroneità o la manifesta illogicità nell'attribuzione dei giudizi dei commissari

nel disciplinare di gara si prevede che *“i segreti industriali e commerciali non devono essere semplicemente asseriti ma devono essere effettivamente sussistenti e di ciò deve essere fornito un principio di prova da parte dell'offerente; la valutazione finale in merito all'effettiva sussistenza dei segreti industriali e commerciali spetta alla Stazione Appaltante»*

il diniego è illegittimo

TAR TRENTO n. 87/2022



SERVIZIO DI RISTORAZIONE AZIENDALE

TAR TRENTO SENTENZA 87/2022



richiesta di accesso al progetto tecnico «legittimata dal concreto ed attuale interesse della sottoscritta a conoscere, quale partecipante alla gara in oggetto, ogni elemento necessario a consentirle di tutelare giudizialmente i propri diritti ed interessi legittimi»

Opposizione giustificata dalla natura del progetto tecnico che contiene elementi caratteristici dell'Azienda frutto dell'esperienza pregressa e pertanto rappresenta il proprio specifico "Know How", pacificamente riconosciuto come patrimonio aziendale, oggetto di riservatezza. La sua diffusione rappresenterebbe una indebita e gravemente dannosa pubblicizzazione del patrimonio, delle conoscenze, della capacità e della professionalità dell'Azienda tali da pregiudicarne la successiva utilizzabilità, poiché gli stessi non avrebbero più il carattere dell'originalità

Negato accesso a documentazione tecnica perché opposizione preventiva a tutela know how e manca «qualsiasi elemento per verificare la sussistenza dei requisiti di stretta indispensabilità della documentazione oggetto dell'istanza di accesso»

Soluzione del Tar

Manca una puntuale motivazione circa la sussistenza di segreti tecnici o commerciali, i quali tanto meno vengono concretamente comprovati nella loro materiale sussistenza

dichiarazione di opposizione generica, di mero stile e tautologica, inidonea ad illustrare quali siano gli specifici segreti tecnici e professionali che meritano di essere tutelati sino al punto da escludere l'accesso agli atti asseritamente rappresentativi di tale know how, nondimeno vengono riprese in via del tutto acritica dall'Amministrazione

Spetta all'offerente indicare le parti dell'offerta che contengano detti segreti tecnici o commerciali, con una motivata e comprovata dichiarazione, ma tale manifestazione è suscettiva di 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

deve esperirsi ex ante ed in astratto, e non presuppone dunque una valutazione di merito circa la effettiva utilità dei documenti in relazione all'accoglimento delle pretese fatte valere in giudizio

accesso concesso

CONSIGLIO DI STATO SENTENZA n. 851/2022

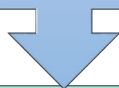


Gara per la progettazione e i lavori di adeguamento e riqualificazione di una infrastruttura di volo

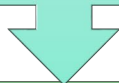
CONSIGLIO DI STATO SENTENZA n. 851/2022



istanza di accesso a tutta la documentazione di gara, compresa l'offerta tecnica, e la verifica dell'anomalia



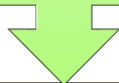
la stazione appaltante ha già validato il carattere riservato della documentazione alla luce delle caratteristiche tecniche ed alla tipologia di prestazioni oggetto dell'appalto



l'istante non ha formalizzato alcun ricorso avverso gli esiti della gara



in presenza di una istanza meramente esplorativa, difetta la dimostrazione della concreta indispensabilità dell'accesso ai fini di una compiuta difesa giudiziale

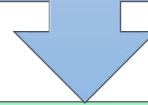


accesso negato

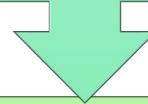
Soluzione del CONSIGLIO DI STATO



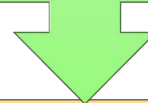
già in sede di gara aveva evidenziato che taluni documenti a corredo dell'offerta tecnica, specificamente indicati, erano protetti dal diritto d'autore, in quanto contenuti in elaborati progettuali di ingegno tecnico esclusivo, in correlazione alle qualificate finalità di gara



motivata dalla necessità di verificare e sondare l'eventuale opportunità di proporre ricorso giurisdizionale



opposizione all'accesso della documentazione tecnica che rappresentava il risultato del know how, degli investimenti nell'innovazione, della qualificazione professionale e del proprio lavoro professionale



concesso solo accesso parziale escludendo documentazione tecnica

Ricordatevi sempre
che...



Qualche suggerimento



COINVOLGETE SEMPRE I CONTROINTERESSATI

VERIFICATE CHE NELLA RICHIESTA DI ACCESSO SIANO PRECISATI I DOCUMENTI O LE PARTI DEI DOCUMENTI DA VISIONARE E LA CORRELAZIONE TRA DOCUMENTI RICHIESTI E MOTIVI DI CONTESTAZIONE

VERIFICATE CHE L'OPPOSIZIONE INDIVIDUI LE PARTI DA OSCURARE E NE MOTIVI LE RAGIONI

MOTIVATE SEMPRE GLI ESITI (accesso, diniego, oscuramento parziale)

BILANCIAMENTO DEI RISCHI



**ACCESSO
ILLEGITTIMAMENTE
NEGATO/INERZIA**

**RICORSO AL
TAR**

**ACCESSO
ILLEGITTIMAMENTE
CONCESSO**

**POSSIBILE
RISARCIMENTO
DEL DANNO**



GRAZIE