

## Appalti

# Diritto di accesso difensivo e tutela del know how, vale il criterio della «stretta indispensabilità»

di Susy Simonetti e Stefania Sorrentino

04 Ottobre 2023

La stazione appaltante deve necessariamente ponderare, con onere della prova in capo al richiedente

Il parametro della “stretta indispensabilità” è lo strumento idoneo, a livello legislativo, a contemperare il rapporto tra accesso difensivo e tutela della segretezza industriale e commerciale; nel quadro del bilanciamento tra il diritto alla tutela del know how e il diritto all’esercizio di accesso ai fini difensivi, difatti, essenziale è l’accertamento del nesso di strumentalità tra la documentazione oggetto di richiesta e le censure formulate.

È questo il principio cardine del Consiglio di Stato, sezione quinta, con [la sentenza n. 2851/2023](#).

Una stazione appaltante, a seguito di una procedura negoziata, alla quale ha risposto un solo operatore economico, ha negato l’accesso all’offerta tecnica dell’aggiudicatario, da parte di una impresa invitata ma non offerente, motivando il diniego con l’insussistenza di un interesse specifico, concreto, attuale e con la necessità di assicurare la tutela dei segreti industriali e commerciali.

La ricorrente ha impugnato il diniego, ma il tribunale di primo grado ha respinto il ricorso, evidenziando che, pur avendo avuto accesso a tutta la documentazione amministrativa, la stessa non ha dimostrato l’effettiva esigenza di difesa «né un indizio di prova riguardo al fatto che, in assenza dei documenti di cui si è negato l’accesso, non sarebbe stato possibile tutelare i propri diritti».

Il collegio condivide, richiamando i recenti approdi giurisprudenziali in tema di sussistenza dei presupposti per il diritto di accesso difensivo.

Sul piano della logica difensiva è garantito, comunque, l’accesso entro il perimetro in cui la parte interessata dimostri la necessità e l’indispensabilità della conoscenza di quel documento, ai fini della cura e della difesa di un proprio interesse giuridico.

◀ Stampa


È compito dell’istante, secondo il consueto criterio di riparto dell’onere della prova su chi agisce, dimostrare in modo intellegibile il nesso di strumentalità, ossia il collegamento tra la documentazione richiesta e la situazione finale controversa che consente la verifica della pertinenza della stessa e la fattispecie meritevole di tutela. In questa prospettiva, non sono sufficienti generici riferimenti a esigenze probatorie e difensive prive di specificità.

In mancanza di tale dimostrazione, l’istanza di accesso è legittimamente negata dall’ente, perchè «meramente esplorativa», ciò posto al fine di evitare un uso emulativo: la partecipazione alle procedure di appalto non deve tradursi, per le imprese coinvolte, in un automatico rischio di indiscriminata divulgazione dei propri segreti tecnici e commerciali.

In particolare, l’ostensione del documento segue dalla valutazione prognostica ex ante, basata su un giudizio di «stretta indispensabilità» per la quale il documento richiesto è «stimato necessario ad acquisire elementi di prova in ordine ai fatti integranti la fattispecie costitutiva della situazione giuridica finale controversa o delle pretese astrattamente azionabili in giudizio».

Nel quadro del bilanciamento tra il diritto alla tutela del know how e il diritto all’esercizio dell’accesso “difensivo” è richiesto, pertanto, un sistema motivazionale a “doppia mandata”, una dell’istante e una dell’opponente, che la stazione appaltante deve necessariamente ponderare e regolare con il criterio della “stretta indispensabilità”, con onere della prova in capo al richiedente.

In conclusione, la sentenza impugnata non merita censura, anche alla luce del diniego motivato dell’impresa controinteressata, che ha esposto con precisione valide ragioni di opposizione a tutela del proprio patrimonio aziendale.

Il Sole 24 ORE aderisce a  **The Trust Project**

P.I. 00777910159 © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilssole24ore.com>]

Il Sole  
**24 ORE**