

PRIVACY: Appalti pubblici - Tutela della riservatezza - Principi di trasparenza e di tutela giurisdizionale effettiva - Bilanciamento - Segreti commerciali - Eccezione.

Corte UE, 17 novembre 2022, Causa C-54/21

- in *Guida al Diritto*, 45, 2022, pag. 102.

“[...] L’articolo 21 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che: — L’amministrazione aggiudicatrice non è vincolata dalla semplice affermazione di un operatore economico secondo cui le informazioni trasmesse nella sua offerta sarebbero riservate. — Uno Stato membro può limitare la riservatezza ai segreti commerciali, a condizione che il diritto dell’Unione sia rispettato e che le informazioni divulgate non rientranti in tale nozione non possano essere utilizzate per pregiudicare i legittimi interessi di un determinato operatore economico o per falsare la concorrenza leale tra tali operatori. — L’amministrazione aggiudicatrice alla quale un operatore economico ha presentato una richiesta di informazioni considerate riservate deve valutare in modo dettagliato e motivato se sia indispensabile privilegiare il diritto di tale operatore alla protezione delle sue informazioni rispetto al diritto dei concorrenti di ottenere informazioni al fine, eventualmente, di impugnare la decisione di aggiudicazione dell’appalto» [...].”

A. Diritto dell’Unione

1. Direttiva 2014/24 4. L’articolo 21 («Riservatezza») dispone quanto segue: «1. Salvo che non sia altrimenti previsto nella presente direttiva o nella legislazione nazionale cui è soggetta l’amministrazione aggiudicatrice, in particolare la legislazione riguardante l’accesso alle informazioni, e fatti salvi gli obblighi in materia di pubblicità sugli appalti aggiudicati e gli obblighi di informazione dei candidati e degli offerenti, previsti agli articoli 50 e 55, l’amministrazione aggiudicatrice non rivela informazioni comunicate dagli operatori economici e da essi considerate riservate, compresi anche, ma non esclusivamente, segreti tecnici o commerciali, nonché gli aspetti riservati delle offerte.

2. Le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre agli operatori economici condizioni intese a proteggere la natura confidenziale delle informazioni che le amministrazioni aggiudicatrici rendono disponibili durante tutta la procedura di appalto».

5. L’articolo 50 («Avvisi relativi agli appalti aggiudicati») così stabilisce: «(...)

4. Talune informazioni relative all'aggiudicazione dell'appalto o alla conclusione dell'accordo quadro possono non essere pubblicate qualora la loro divulgazione ostacoli l'applicazione della legge, sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di un particolare operatore economico, pubblico o privato oppure possa recare pregiudizio alla concorrenza leale tra operatori economici».

6. Ai sensi dell'articolo 55 («Informazioni dei candidati e degli offerenti»): «(...) 3. Le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di non divulgare talune informazioni relative all'aggiudicazione degli appalti, alla conclusione di accordi quadro o all'ammissione ad un sistema dinamico di acquisizione di cui ai paragrafi 1 e 2, qualora la loro diffusione ostacoli l'applicazione della legge o sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di un particolare operatore economico, pubblico o privato, oppure possa recare pregiudizio alla concorrenza leale tra operatori economici». 2. Direttiva (UE) 2016/943 (5)

7. Ai sensi del considerando 18: «Inoltre dovrebbero ritenersi leciti ai fini della presente direttiva l'acquisizione, l'utilizzo o la divulgazione dei segreti commerciali quando imposti o consentiti dalla legge. (...) In particolare, la presente direttiva non dovrebbe esonerare le autorità pubbliche dagli obblighi di riservatezza cui sono soggette in relazione alle informazioni trasmesse dai detentori di segreti commerciali, a prescindere dal fatto che tali obblighi siano sanciti dal diritto dell'Unione o da quello nazionale. Tali obblighi di riservatezza includono, tra l'altro, gli obblighi connessi alle informazioni trasmesse alle amministrazioni aggiudicatrici nel contesto delle procedure di aggiudicazione, quali previsti, ad esempio, dalla (...) direttiva 2014/24/UE (...)».

8. L'articolo 1 («Oggetto e ambito di applicazione») precisa quanto segue: «(...) 2. La presente direttiva non pregiudica: (...)l'applicazione delle norme dell'Unione o nazionali che impongono o consentono alle istituzioni e agli organi dell'Unione o alle autorità pubbliche nazionali di divulgare informazioni fornite da imprese di cui tali istituzioni, organi o autorità dispongono in conformità e nel rispetto degli obblighi e delle prerogative stabiliti nel diritto dell'Unione o nel diritto nazionale; (...)».

9. L'articolo 2 («Definizioni») così dispone: «Ai fini della presente direttiva si intende per: 1) “segreto commerciale”: informazioni che soddisfano tutti i seguenti requisiti: a) sono segrete nel senso che non sono, nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi, generalmente note o facilmente accessibili a persone che normalmente si occupano del tipo di informazioni in questione; b) hanno valore commerciale in quanto segrete; c) sono state sottoposte a misure ragionevoli, secondo le circostanze, da parte della persona al cui legittimo controllo sono soggette, a mantenerle segrete; (...)».

10. L'articolo 3 («Acquisizione, utilizzo e divulgazione leciti dei segreti commerciali») così dispone: «(...) 2. L'acquisizione, l'utilizzo o la divulgazione di un segreto commerciale sono da considerarsi leciti nella misura in cui siano richiesti o autorizzati dal diritto dell'Unione o dal diritto nazionale». B. Diritto polacco 1. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (6)

11. L'articolo 7 dispone quanto segue: «1. L'amministrazione aggiudicatrice deve preparare e condurre la procedura di aggiudicazione di un appalto in modo da garantire la concorrenza leale e la parità di trattamento degli operatori economici nel rispetto dei principi di proporzionalità e di trasparenza. (...)».

12. L'articolo 8 così recita: «1. La procedura di aggiudicazione degli appalti è pubblica. 2. L'amministrazione aggiudicatrice può limitare l'accesso alle informazioni relative alla procedura di aggiudicazione soltanto nei casi previsti dalla legge. 2a. L'amministrazione aggiudicatrice può prevedere nel capitolato d'onere dell'appalto i requisiti riguardanti la tutela del carattere riservato delle informazioni fornite agli operatori economici durante la procedura. 3. Sono riservate le informazioni che costituiscono un segreto commerciale ai sensi delle disposizioni sulla lotta alla concorrenza sleale se l'operatore economico, entro il termine per la presentazione dell'offerta o della richiesta di partecipare alla procedura, ha indicato che queste non possono essere divulgate e ha dimostrato che le informazioni riservate costituiscono un segreto commerciale. L'operatore economico non può applicare la riservatezza alle informazioni di cui all'articolo 86, paragrafo 4. Tale disposizione si applica, in quanto compatibile, ai concorsi per progetti. (...)». 2. Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (7)

13. L'articolo 11, paragrafo 2, così afferma: «Si intendono come segreto commerciale le informazioni tecniche, tecnologiche, scientifiche, organizzative dell'impresa o le altre informazioni di valore commerciale che non sono, nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi, generalmente note o facilmente accessibili a persone che normalmente si occupano di tale tipo di informazioni, qualora il soggetto legittimato a sfruttare tali informazioni o a gestirle abbia adottato, con adeguata diligenza, misure volte a mantenerle segrete».

II. Fatti, procedimento e questioni pregiudiziali

14. Nel 2019 (8) la Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie (Agenzia nazionale delle acque, Polonia) ha indetto una procedura aperta per l'aggiudicazione di un appalto avente ad oggetto l'«elaborazione di progetti relativi alla seconda attuazione del piano di gestione delle acque nei bacini idrografici (II aPGW), e unita metodologia».

15. Il capitolato d'oneri dell'appalto stabiliva che le offerte sarebbero state valutate sulla base di tre criteri: il prezzo (40 %), la concezione dello sviluppo del progetto (42 %) e la descrizione del metodo di esecuzione dell'appalto (18 %).

16. Hanno presentato offerte quattro operatori, tra cui un consorzio di imprese guidato dall'ANTEA POLSKA S.A. (in prosieguo: l'«Antea Polska») (9). La CDM Smith Sp.z o.o. (in prosieguo: la «CDM») è risultata aggiudicataria.

17. L'Antea Polska, classificatasi al secondo posto, ha impugnato l'aggiudicazione dinanzi alla Krajowa Izba Odwoławcza (Commissione nazionale di ricorso). Una delle sue richieste era quella di ottenere la messa a disposizione di determinati documenti e delle informazioni indicate come segreti commerciali dalla CDM e da altri offerenti.

18. Secondo l'Antea Polska classificare quelle informazioni come segrete violava i principi di parità di trattamento e di trasparenza, in virtù dei quali la riservatezza deve essere interpretata restrittivamente. Inoltre, l'eccessiva ammissione della riservatezza delle informazioni, unitamente alla mancanza di una motivazione adeguata per le qualificazioni riservate accordate, l'avrebbe privata del suo diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, per non aver avuto conoscenza dei dettagli delle offerte dei suoi concorrenti.

19. Contro tale posizione, l'amministrazione aggiudicatrice ha sostenuto, tra l'altro, che: — I titolari delle informazioni riservate hanno soddisfatto l'onere di chiarire in modo plausibile perché era opportuno tutelarle in quanto segrete. — La concezione dello sviluppo dei progetti e la descrizione delle modalità di esecuzione dell'appalto sono studi protetti dal diritto d'autore, la cui divulgazione potrebbe danneggiare gli interessi del loro autore. — Le informazioni contenute nell'offerta della CDM avevano valore commerciale. La loro divulgazione avrebbe permesso ai concorrenti di utilizzare il know-how dell'offerente e le soluzioni tecniche o organizzative dallo stesso sviluppate. — L'elenco delle persone che devono partecipare all'esecuzione dell'appalto contiene dati che permettono di identificarle, e ciò potrebbe esporre l'operatore economico a perdite nel caso in cui un concorrente cercasse di «acquisire tali persone». Allo stesso modo, i dati del modulo d'offerta contengono informazioni precise relative ai soggetti terzi che forniscono risorse, aventi un valore commerciale.

20. È in tale contesto che la Krajowa Izba Odwoławcza (Commissione nazionale di ricorso), chiamata a pronunciarsi sull'impugnazione della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice, ha sollevato sette questioni pregiudiziali. Su indicazione della Corte di giustizia, tratterò solo le prime quattro, la cui formulazione è la seguente:

«1) Se i principi, previsti all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE (...), di trattamento paritario e non discriminatorio degli operatori economici e di trasparenza ammettano l'interpretazione dell'articolo 21, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 e dell'articolo 2, punto 1, della direttiva (UE) 2016/943 (...), in particolare delle espressioni ivi contenute “non sono, nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi, generalmente note o facilmente accessibili” e “hanno valore commerciale in quanto segrete” nonché dell'indicazione secondo cui “l'amministrazione aggiudicatrice non rivela informazioni (...) considerate dagli operatori economici riservate”, secondo la quale un operatore economico può applicare la riservatezza, in quanto segreto commerciale, a qualsiasi informazione poiché non la vuole rendere nota agli operatori economici concorrenti.

2) Se i principi, previsti all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE, di trattamento paritario e non discriminatorio degli operatori economici e di trasparenza ammettano l'interpretazione dell'articolo 21, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, e dell'articolo 2, punto 1, della direttiva 2016/943, secondo la quale operatori economici che concorrono per aggiudicarsi un appalto pubblico possono applicare la riservatezza, per intero o in parte, in quanto segreto commerciale, ai documenti indicati agli articoli 59 e 60 della direttiva 2014/24 nonché nell'allegato XII della direttiva 2014/24/UE, in particolare per quanto riguarda l'indicazione dell'esperienza acquisita, le referenze, l'elenco del personale incaricato di eseguire l'appalto e le sue qualifiche professionali, i nomi e le capacità dei soggetti sui quali si fa affidamento o dei subappaltatori, qualora tali documenti siano richiesti al fine di dimostrare la sussistenza dei requisiti di partecipazione alla procedura di aggiudicazione o al fine di valutare, in base ai criteri di valutazione, le offerte o al fine di accertare la sussistenza di altre condizioni imposte dall'amministrazione aggiudicatrice e indicate negli atti della procedura (bando d'appalto, capitolato d'onori dell'appalto).

3) Se i principi, previsti all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, di trattamento paritario e non discriminatorio degli operatori economici e di trasparenza, in combinato disposto con gli articoli 58, paragrafo 1, 63, paragrafo 1, e 67, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2014/24, consentano che un'amministrazione aggiudicatrice possa accettare contestualmente una dichiarazione in cui un operatore economico attesta di disporre delle risorse personali richieste dall'amministrazione aggiudicatrice o dichiarate dallo stesso, dei soggetti su cui intende fare affidamento o dei subappaltatori, disponibilità che deve essere dimostrata all'amministrazione aggiudicatrice ai sensi delle disposizioni normative, e una dichiarazione secondo cui già la mera divulgazione dei dati riguardanti tali persone o soggetti (cognomi, nomi, esperienza, qualifiche

professionali) agli operatori economici concorrenti potrebbe provocare la loro “captazione” da parte di detti operatori economici, il che implica la necessità che dette informazioni siano coperte dal segreto commerciale. Alla luce di quanto sopra, se un legame così instabile tra l’operatore economico e tali persone e soggetti possa configurare la prova che lo stesso operatore dispone di dette risorse e, in particolare, che all’operatore possono essere assegnati dei punti aggiuntivi previsti nell’ambito dei criteri di valutazione delle offerte.

4) Se i principi, previsti all’articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, di trattamento paritario e non discriminatorio degli operatori economici e di trasparenza ammettano l’interpretazione dell’articolo 21, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 e dell’articolo 2, punto 1, della direttiva 2016/943 secondo la quale gli operatori economici che concorrono per aggiudicarsi un appalto pubblico possono applicare la riservatezza in quanto segreto commerciale ai documenti richiesti al fine di esaminare la conformità dell’offerta ai requisiti imposti dall’amministrazione aggiudicatrice indicati nel capitolato d’oneri dell’appalto (tra cui la descrizione dell’oggetto dell’appalto) o al fine di valutare l’offerta secondo i criteri di valutazione delle offerte, in particolare quando questi documenti si riferiscono alla sussistenza dei requisiti richiesti nel capitolato d’oneri dall’amministrazione aggiudicatrice, nelle disposizioni di legge o in altri documenti generalmente accessibili o accessibili agli interessati, in particolare, quando tale valutazione non avviene in base a schemi oggettivamente comparabili e in base a indicatori suscettibili di misurazione e di comparazione in termini matematici e fisici, ma in base ad una valutazione individuale dell’amministrazione aggiudicatrice. Di conseguenza, se l’articolo 21, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 e l’articolo 2, punto 1, della direttiva 2016/943 possano essere interpretati nel senso che si può considerare segreto commerciale di un determinato operatore economico una dichiarazione dallo stesso depositata, nell’ambito della sua offerta, di eseguire l’oggetto dell’appalto secondo i criteri indicati dall’amministrazione aggiudicatrice nel capitolato d’oneri dell’appalto, controllati e valutati dall’amministrazione aggiudicatrice dal punto di vista della conformità con tali requisiti, anche se la scelta delle modalità di realizzazione dell’obiettivo richiesto dall’amministrazione aggiudicatrice (oggetto dell’appalto) spetta all’operatore economico». III. Procedimento dinanzi alla Corte di giustizia

21. La domanda di pronuncia pregiudiziale è pervenuta alla cancelleria della Corte di giustizia il 29 gennaio 2021.

22. Hanno presentato osservazioni scritte l’Antea Polska, la Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie (Impresa statale di gestione delle acque), i governi austriaco e polacco, nonché la Commissione europea.

23. All'udienza, tenutasi il 16 marzo 2022, hanno partecipato l'Antea Polska, la Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie (Impresa statale di gestione delle acque), la CDM, il governo polacco e la Commissione. IV. Valutazione A. Premessa: direttiva applicabile

24. Nella sentenza Klaipėdos (punti da 96 a 102), la Corte di giustizia ha dichiarato che la normativa applicabile alle cause riguardanti la tutela della riservatezza nelle procedure di appalto pubblico è contenuta nella direttiva 2014/24, che costituisce la *lex specialis*, e non nella direttiva 2016/943.

25. Tale dichiarazione ha considerato, tra gli altri motivi, che: — «Tenuto conto del suo oggetto, quale enunciato all'articolo 1, paragrafo 1, in combinato disposto con il considerando 4, la direttiva 2016/943 riguarda soltanto l'acquisizione, l'utilizzo o la divulgazione illeciti dei segreti commerciali e non prevede misure destinate a tutelare la riservatezza dei segreti commerciali in altri tipi di procedimenti giurisdizionali, come i procedimenti relativi all'aggiudicazione di appalti pubblici» (10). — Il considerando 18 della direttiva 2016/943 può essere letto come segue: «(...) la presente direttiva non dovrebbe esonerare le autorità pubbliche dagli obblighi di riservatezza cui sono soggette in relazione alle informazioni trasmesse dai detentori di segreti commerciali, a prescindere dal fatto che tali obblighi siano sanciti dal diritto dell'Unione o da quello nazionale. Tali obblighi di riservatezza includono, tra l'altro, gli obblighi connessi alle informazioni trasmesse alle amministrazioni aggiudicatrici nel contesto delle procedure di aggiudicazione, quali previsti, ad esempio, dalla direttiva [2014/24] (...)».

26. Una volta stabilita tale premessa, nulla vieta di prendere in considerazione le nozioni della direttiva 2016/943 (11) quando, come in questo caso, la legislazione nazionale vi fa riferimento per disciplinare il regime di riservatezza nelle procedure relative ad appalti pubblici. Tornerò su questo argomento successivamente. B. Sulla prima questione pregiudiziale

27. Il giudice del rinvio si chiede, in primo luogo, se l'interpretazione dell'articolo 21 della direttiva 2014/24 (12) autorizza l'offerente a classificare come riservata, in quanto segreto commerciale, qualsiasi informazione che non intenda divulgare ai suoi concorrenti.

28. Si deve ritenere che, con tale interrogativo, al giudice del rinvio non interessi tanto l'azione unilaterale dell'offerente quanto le conseguenze che ne derivano per l'amministrazione aggiudicatrice.

29. A mio parere, la risposta deve dedursi dalla sentenza Klaipėdos, in cui la Corte di giustizia così ha statuito: — «(...) l'obiettivo principale delle norme dell'Unione in materia di appalti pubblici comprende l'apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri e (...), per raggiungere tale obiettivo, è necessario che le amministrazioni aggiudicatrici non divulgino informazioni

relative a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici il cui contenuto potrebbe essere utilizzato per falsare la concorrenza, vuoi in una procedura di aggiudicazione in corso, vuoi in procedure di aggiudicazione successive» (13). — «Dalle disposizioni della direttiva 2014/24, citate ai punti 113 e 114 della presente sentenza, [articoli 21, paragrafi 1 e 2, 50 e 55, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 2014/24] nonché dalla giurisprudenza (...), risulta che un'amministrazione aggiudicatrice, cui sia stata presentata da un operatore economico una richiesta di comunicazione di informazioni considerate riservate contenute nell'offerta del concorrente al quale è stato aggiudicato l'appalto, non deve, in linea di principio, comunicare tali informazioni» (14). — «Tuttavia, (...) l'amministrazione aggiudicatrice non può essere vincolata dalla semplice affermazione di un operatore economico secondo la quale le informazioni trasmesse sono riservate. Tale operatore deve infatti dimostrare la natura realmente riservata delle informazioni alla cui divulgazione esso si oppone, dimostrando, ad esempio, che esse contengono segreti tecnici o commerciali, che il loro contenuto potrebbe essere utilizzato per falsare la concorrenza o che la loro divulgazione potrebbe essergli pregiudizievole» (15). — «(...) Se l'amministrazione aggiudicatrice si interroga sulla riservatezza delle informazioni trasmesse da detto operatore, essa deve, ancor prima di adottare una decisione che autorizza l'accesso a tali informazioni a favore del richiedente, mettere l'operatore interessato in condizione di fornire elementi di prova supplementari al fine di garantire il rispetto dei diritti della difesa di quest'ultimo» (16).

30. Pertanto si attribuisce, sia all'amministrazione aggiudicatrice sia agli organismi che esaminano le sue decisioni, il compito di valutare la riservatezza rivendicata dall'offerente, e non semplicemente di assumerla come già accertata. Essi dispongono di poteri sufficienti per contrastare ciò che, secondo l'ordinanza di rinvio, costituirebbe una pratica abusiva («abuso patologico») da parte di offerenti abituati a fare un uso sproporzionato della possibilità di classificare come riservati aspetti delle loro offerte che, in realtà, non lo sono.

31. Dall'ordinanza di rinvio risulta che, sebbene il legislatore polacco abbia voluto limitare la portata della riservatezza, alcuni offerenti affermano sistematicamente che gran parte delle informazioni contenute nelle loro offerte costituisce un segreto commerciale e le amministrazioni aggiudicatrici tendono a considerare credibili tali affermazioni (17).

32. Se ciò si verifica e se vi è un'anomala applicazione della norma nazionale che recepisce la direttiva 2014/24, spetta ai giudici nazionali correggerla per rispettare il diritto dell'Unione.

33. Sebbene il giudice del rinvio non dedichi particolare attenzione a ciò che esporrò di seguito, nelle osservazioni delle parti e in udienza si è discusso in merito alla restrizione imposta dalla norma nazionale (articolo 8, paragrafo 3, della legge sugli appalti pubblici) che impedisce la

divulgazione solo riguardo alle informazioni che costituiscono un segreto commerciale, ai sensi delle disposizioni sulla lotta contro la concorrenza sleale (18).

34. La controversia ha riguardato la questione se tale norma nazionale sia conforme all'articolo 21 della direttiva 2014/24, che tutela un ambito di riservatezza più ampio rispetto a quello dei segreti tecnici e commerciali (19) (a titolo esemplificativo, comprende anche gli «aspetti riservati delle offerte»).

35. Come ho già esposto a suo tempo (20), ai sensi dell'articolo 21 della direttiva 2014/24, la protezione non si limita ai segreti tecnici e commerciali, ma anche, tra l'altro, agli aspetti riservati delle offerte. Di conseguenza, possono rientrare in tale disposizione le informazioni che non possono essere qualificate, in senso stretto, come segreto tecnico o commerciale. A mio parere, questa stessa tesi si riscontra in vari passaggi della sentenza *Klaipėdos* (21).

36. Nella misura in cui la modifica dell'articolo 11 della legge sulla concorrenza sleale (22), che recepisce la direttiva 2016/943, comprende la definizione di «segreto commerciale» di quest'ultima, il risultato di tale catena di rinvii è che la nozione di «segreto commerciale» utilizzata dalla legislazione polacca in materia di appalti pubblici è la stessa di quella della direttiva 2016/943 (23).

37. Si pone dunque, indirettamente, la questione se l'articolo 21 della direttiva 2014/21 sia compatibile con una normativa interna che attribuisce alla riservatezza un ambito di applicazione più ristretto di quello previsto da tale disposizione.

38. Prima facie non vi sarebbe alcun ostacolo a che il diritto nazionale contenga una tale restrizione, poiché l'articolo 21 della direttiva 2014/24 dispone: «[s]alvo che non sia altrimenti previsto nella presente direttiva o nella legislazione nazionale cui è soggetta l'amministrazione aggiudicatrice».

39. Questa riserva conferisce un margine di discrezionalità agli Stati membri, analogamente a quella di altre disposizioni della direttiva 2014/24 che rinviano alla legislazione nazionale. È quanto avviene nel caso dell'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24, in forza del quale gli Stati membri specificano le condizioni di applicazione del presente articolo «nel rispetto del diritto dell'Unione».

40. Tuttavia, la Corte di giustizia ha dichiarato che «il potere discrezionale degli Stati membri non è assoluto e (...) una volta che uno Stato membro decide di recepire uno dei motivi facoltativi di esclusione previsti dalla direttiva 2014/24, deve rispettarne gli elementi essenziali, quali ivi previsti. Precisando che gli Stati membri specificano “le condizioni di applicazione del presente articolo” “nel rispetto del diritto dell'Unione”, l'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24 osta a che gli Stati membri snaturino i motivi facoltativi di esclusione stabiliti in tale disposizione o ignorino gli obiettivi o i principi ai quali è ispirato ciascuno di detti motivi» (24).

41. A mio avviso, tale giurisprudenza può essere trasposta, per analogia, alla presente causa. Nel rispetto del diritto dell'Unione, gli Stati membri possono adattare la portata della riservatezza, di modo che, in linea di principio, non ci sarebbe alcun ostacolo a che il perimetro delle informazioni protette sia limitato ai «segreti commerciali», che è più ristretto rispetto alla previsione generale di cui all'articolo 21 della direttiva 2014/24.

42. Al fine di interpretare la nozione di segreto commerciale potrà essere utile ricorrere alla direttiva 2016/943, nella quale si chiariscono i contorni della nozione utilizzata dall'articolo 21 della direttiva 2014/24. Ciò si verifica, in particolare, quando una legislazione nazionale, tramite il meccanismo della serie di rinvii sopra esposto, vincola, nell'ambito degli appalti pubblici, la valutazione della riservatezza ai segreti commerciali come definiti dalla legge che recepisce la direttiva 2016/943.

43. La direttiva 2016/943, nella misura in cui è destinata a disciplinare i segreti commerciali in modo generale, sarebbe uno strumento per consentire all'amministrazione aggiudicatrice — e agli organismi che esaminano le sue decisioni— di trovare un equilibrio tra i principi che riguardano specificamente la riservatezza e quelli posti alla base del sistema degli appalti pubblici della direttiva 2014/24, nonché l'accesso a un regime efficace di ricorsi.

44. Orbene, occorre tener conto di altre disposizioni della direttiva 2014/24, diverse dall'articolo 21, alla luce degli obiettivi generali di quest'ultima. La sua applicazione implica che talune informazioni riservate, anche se, in senso stretto, non rientrano nella nozione di segreto commerciale, devono essere protette al fine di salvaguardare una concorrenza non falsata tra gli operatori economici o i legittimi interessi commerciali di un operatore economico.

45. Ai sensi dell'articolo 21 della direttiva 2014/24, l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a fornire ai candidati e agli offerenti le informazioni di cui agli articoli 50 e 55. Tali informazioni non rientrano, in linea di principio, nell'elenco delle informazioni riservate, ma possono acquisire tale qualità se si verificano le circostanze di cui all'articolo 50, paragrafo 4, e all'articolo 55, paragrafo 3, della direttiva 2014/24.

46. Saranno pertanto soggette all'obbligo di riservatezza le informazioni (che non siano necessariamente segreti commerciali) la cui diffusione «pregiudichi i legittimi interessi commerciali di un particolare operatore economico (...) oppure possa recare pregiudizio alla concorrenza leale tra operatori economici».

47. Sebbene l'articolo 55, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 si riferisca specificamente alle informazioni di cui ai paragrafi 1 e 2 dello stesso articolo, l'aspetto rilevante in questa sede è

costituito dal richiamo a non pregiudicare i legittimi interessi commerciali di un operatore economico (avversario) e a salvaguardare la concorrenza.

48. Questo duplice richiamo è stato ripreso dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sugli appalti pubblici in termini più ampi. Ne consegue che: – La concorrenza tra gli operatori potrebbe essere compromessa se uno di loro utilizzasse illegalmente delle informazioni sensibili fornite da altri in questo genere di procedure. Nella sentenza *Klaipėdos*, la Corte di giustizia ha confermato che «(...) è necessario che le amministrazioni aggiudicatrici non divulgino informazioni relative a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici il cui contenuto potrebbe essere utilizzato per falsare la concorrenza, vuoi in una procedura di aggiudicazione in corso, vuoi in procedure di aggiudicazione successive» (25). – È necessario evitare il pregiudizio ai legittimi interessi di altri operatori economici, pubblici o privati, in quanto limite logico alla divulgazione delle informazioni che essi hanno fornito all'amministrazione aggiudicatrice (26). Valutare se esista o meno un legittimo interesse a salvaguardare la segretezza di talune informazioni spetta proprio a tale amministrazione aggiudicatrice, a istanza dell'offerente che lo richiede.

49. Gli articoli 50, paragrafo 4, e 55, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 lasciano alle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di decidere di non comunicare le informazioni sensibili alle quali entrambi fanno riferimento. Nessuna delle due disposizioni contiene la riserva che caratterizza l'articolo 21, paragrafo 1, della stessa direttiva («salvo che non sia altrimenti previsto (...) nella legislazione nazionale»), per cui la loro applicazione non è condizionata da disposizioni nazionali.

50. In ogni caso, la facoltà delle amministrazioni aggiudicatrici di divulgare le informazioni contenute nelle offerte, anche qualora non costituiscano segreti commerciali in senso stretto, può essere limitata da altre disposizioni settoriali che lo prescrivano (27).

51. In sintesi, in risposta alla prima questione pregiudiziale, ritengo che l'articolo 21 della direttiva 2014/24: — Osti a che un operatore economico classifichi qualsiasi informazione come segreta poiché non intende, sic et simpliciter, renderla nota ai concorrenti. — Stabilisca che l'amministrazione aggiudicatrice non è vincolata dalla semplice affermazione di un operatore economico secondo cui le informazioni trasmesse sarebbero riservate. — Non osti a che uno Stato membro limiti la riservatezza ai segreti commerciali, a condizione che il diritto dell'Unione sia rispettato e che le informazioni divulgate non rientranti in tale nozione non possano essere utilizzate per pregiudicare i legittimi interessi commerciali di altri operatori economici o per falsare la concorrenza tra loro. C. Sulla seconda, terza e quarta questione pregiudiziale

52. Con tali questioni, alle quali si può rispondere congiuntamente, il giudice del rinvio esprime i propri dubbi circa la possibilità che la riservatezza invocata dall'offerente riguardi, in particolare, quanto segue: — «L'indicazione dell'esperienza acquisita, le referenze, l'elenco del personale incaricato di eseguire l'appalto e delle sue qualifiche professionali, i nomi e le capacità dei soggetti sui quali si fa affidamento o dei subappaltatori» (seconda questione). — «Una dichiarazione in cui un operatore economico attesta di disporre delle risorse personali richieste dall'amministrazione aggiudicatrice o dichiarate dallo stesso, dei soggetti su cui intende fare affidamento o dei subappaltatori» (terza questione). — «I documenti richiesti al fine di esaminare la conformità dell'offerta ai requisiti imposti dall'amministrazione aggiudicatrice indicati nel capitolato d'oneri dell'appalto (tra cui la descrizione dell'oggetto dell'appalto) o al fine di valutare l'offerta secondo i criteri di valutazione delle offerte, in particolare quando questi documenti si riferiscono alla sussistenza dei requisiti richiesti nel capitolato d'oneri dall'amministrazione aggiudicatrice, nelle disposizioni di legge o in altri documenti generalmente accessibili o accessibili agli interessati» (quarta questione).

53. Ancora una volta, la sentenza Klaipėdos fornisce al giudice del rinvio gli elementi che gli consentono di determinare nella controversia di cui è investito se queste informazioni (o qualsiasi altra informazione che accompagna l'offerta di un offerente) siano riservate o meno.

54. La sentenza Klaipėdos milita, a mio parere, in favore di una riservatezza che sia il più possibile specifica (28): — In primo luogo, l'associazione tra la «decisione di trattare determinati dati come riservati» e il dovere di «comunicare in una forma neutra, (...) il (...) contenuto essenziale [dei dati riservati] all'(...) offerente che li richiede» (29), suggerisce che devono essere respinte dichiarazioni di riservatezza di portata generale o che si riferiscono a categorie generiche di documenti. — In secondo luogo, sebbene le forme mediante le quali si può mantenere l'equilibrio fra i principi in gioco siano varie e di difficile definizione, «l'amministrazione aggiudicatrice può, in particolare e purché il diritto nazionale al quale è soggetta non vi si opponga, comunicare in forma sintetica taluni aspetti di una candidatura o di un'offerta nonché le loro caratteristiche tecniche, di modo che le informazioni riservate non possano essere identificate» (30). — In terzo luogo, le amministrazioni aggiudicatrici dispongono di meccanismi che estendono i loro margini di manovra: «in applicazione dell'articolo 21, paragrafo 2, della direttiva 2014/24, (...) possono imporre agli operatori economici requisiti volti a tutelare la riservatezza delle informazioni che esse rendono disponibili durante tutta la procedura di appalto. Pertanto, supponendo che le informazioni non riservate siano adeguate a tal fine, un'amministrazione aggiudicatrice potrà altresì ricorrere a tale facoltà per garantire il rispetto del diritto a un ricorso efficace dell'offerente escluso, chiedendo

all'operatore la cui offerta è stata selezionata di fornirle una versione non riservata dei documenti contenenti informazioni riservate» (31).

55. L'interpretazione dell'articolo 21 della direttiva 2014/24 che deriva da detto orientamento giurisprudenziale è coerente con altre disposizioni di tale direttiva che fanno riferimento alla specificità della riservatezza (32).

56. In udienza è stato discusso il «principio di minimizzazione», secondo la terminologia dell'organo di rinvio, quale criterio che circoscrive la riservatezza al minimo necessario. Potrà essere attribuita tale natura solo alle informazioni, ai dati, agli elementi o ai passaggi dei documenti che corredano le offerte (o delle offerte stesse) che, in concreto, siano imprescindibili per salvaguardare gli interessi legittimi dell'offerente e per evitare che uno dei suoi rivali possa falsare la concorrenza tra loro.

57. Nulla osta all'applicazione di questo principio, che riguarda solo parti specifiche delle informazioni fornite e non i documenti nella loro interezza, se l'amministrazione aggiudicatrice lo ritiene opportuno. In ogni caso, non è possibile stabilire a priori quando gli uni o gli altri documenti risulteranno classificabili come riservati, poiché una siffatta qualificazione dipende dalle caratteristiche di ciascun documento nell'ambito di una determinata controversia.

58. Dall'ordinanza di rinvio risulta che l'amministrazione aggiudicatrice avrebbe trattato determinate categorie di informazioni senza fare distinzioni, discostandosi dalla necessaria qualificazione individualizzata.

59. Questa è tuttavia una valutazione che spetta esclusivamente al giudice del rinvio, che dovrà accertare in modo circostanziato e motivato: — Se l'offerente ha presentato un'istanza motivata e giustificata di dichiarazione di segretezza commerciale, totale o parziale, per ogni documento di cui intendeva mantenere nascosto ai suoi concorrenti il contenuto. — Se l'amministrazione aggiudicatrice si è pronunciata, caso per caso, sui motivi che l'hanno indotta a ritenere che un determinato documento o insieme di documenti fosse da considerarsi coperto da riservatezza, nonché sulla portata e le condizioni di tale riservatezza. — Se i motivi adottati dall'amministrazione aggiudicatrice per non declassificare le informazioni che l'offerente aveva presentato come riservate erano giustificati.

60. Senza volersi sostituire al giudice del rinvio in questo compito (che, in realtà, riguarda più l'applicazione della norma che la sua interpretazione), accennerò brevemente alle informazioni contenute nelle offerte oggetto delle questioni pregiudiziali di cui trattasi, che il giudice del rinvio raggruppa in due categorie.

61. La prima comprende i documenti che descrivono «la situazione soggettiva dell'operatore economico selezionato relativamente alla sua esperienza, ai soggetti e al personale proposto per eseguire l'appalto».

62. Secondo il giudice del rinvio, i documenti richiesti nel capitolato d'oneri erano solo quelli previsti dagli articoli 59 e 60 e dall'allegato XII della direttiva 2014/24 (oltre a quelli richiesti dalla legge nazionale).

63. Se così fosse, difficilmente si potrà ritenere che documenti la cui pubblicità è imposta dalla stessa direttiva 2014/24 possano essere classificati come segreto commerciale o come informazioni riservate di altro genere.

64. Per quanto riguarda le informazioni relative alla situazione soggettiva (capacità finanziaria) dell'offerente, il giudice del rinvio aggiunge che il capitolato d'oneri si limitava ad affermare che l'offerente doveva superare un certo livello, ma non obbligava a fornire dettagli su tale capacità né a precisare di quali fondi disponesse l'offerente presso la sua banca.

65. Lo stesso vale per la situazione di terzi o di soggetti sulle cui risorse l'offerente vuole fare affidamento, o dei subappaltatori che propone nella sua offerta. Fatti salvi gli obblighi generali in materia di protezione dei dati personali, la designazione degli uni e degli altri non può essere tenuta segreta laddove il capitolato d'oneri ne imponga la pubblicità, non essendo sufficiente addurre un ipotetico rischio di «captazione» delle loro risorse umane.

66. Per quanto riguarda la seconda categoria di documenti, si tratta degli «studi richiesti dall'amministrazione aggiudicatrice (...) ai fini della valutazione delle offerte secondo i criteri di qualità» che consistono nella «concezione dello sviluppo del progetto» e nella «descrizione delle modalità di esecuzione dell'appalto».

67. In linea di principio, non si può escludere che alcuni dei documenti forniti da un operatore economico insieme alla sua offerta contengano informazioni sensibili tutelate dalla proprietà intellettuale, l'accesso alle quali è vietato a terzi in mancanza di un'adeguata autorizzazione (33).

68. All'udienza, le parti intervenute alla stessa hanno dissentito fra loro su questo punto, e alla fine è stato confermato che spetterà al giudice del rinvio valutare, in funzione delle circostanze della controversia, se diritti di tal genere sono stati violati (34).

69. Tali considerazioni confermano la difficoltà di classificare in astratto, a priori, come informazioni di natura riservata, indipendentemente da se siano o no segreti commerciali, le informazioni contenute nelle offerte degli offerenti. È inevitabile che l'articolo 21 della direttiva 2014/24 utilizzi formule generiche tali da consentire alle amministrazioni aggiudicatrici e agli organi di riesame di applicarle in ciascun caso motivatamente.

V. Conclusione

70. Alla luce di quanto precede, propongo di rispondere alle prime quattro questioni pregiudiziali sollevate dalla Krajowa Izba Odwoławcza (Commissione nazionale di ricorso, Polonia) nei seguenti termini: «L'articolo 21 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che: — L'amministrazione aggiudicatrice non è vincolata dalla semplice affermazione di un operatore economico secondo cui le informazioni trasmesse nella sua offerta sarebbero riservate. — Uno Stato membro può limitare la riservatezza ai segreti commerciali, a condizione che il diritto dell'Unione sia rispettato e che le informazioni divulgate non rientranti in tale nozione non possano essere utilizzate per pregiudicare i legittimi interessi di un determinato operatore economico o per falsare la concorrenza leale tra tali operatori. — L'amministrazione aggiudicatrice alla quale un operatore economico ha presentato una richiesta di informazioni considerate riservate deve valutare in modo dettagliato e motivato se sia indispensabile privilegiare il diritto di tale operatore alla protezione delle sue informazioni rispetto al diritto dei concorrenti di ottenere informazioni al fine, eventualmente, di impugnare la decisione di aggiudicazione dell'appalto».

1 Lingua originale: lo spagnolo.

2 Sentenza del 7 settembre 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700; in prosieguo: la «sentenza Klaipėdos»). La sua rilevanza per la presente causa è stata affrontata da coloro che sono intervenuti all'udienza.

3 Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (GU 2014, L 94, pag. 65).

4 La Corte di giustizia ha riconosciuto la competenza di tale organo a proporre domande di pronuncia pregiudiziale nelle sentenze del 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact (C-465/11, e dell'11 maggio 2017, Archus e Gama (C-131/16, EU:C:2017:358), tra le altre.

5 Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2016, sulla protezione del know-how riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti (GU 2016, L 157, pag. 1).

6 Legge sugli appalti pubblici del 29 gennaio 2004.

7 Legge del 16 aprile 1993 sulla lotta alla concorrenza sleale.

8 Bando di gara pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 19 dicembre 2019 con il numero 2019/S 245 603343.

9 Oltre all'Antea Polska, facevano parte del consorzio anche la Pectore-Eco sp. z o.o., e l'Instytut Ochrony Środowiska — Państwowy Instytut Badawczy (Istituto per la tutela dell'ambiente – Istituto di ricerca nazionale).

10 Sentenza Klaipėdos, punto 97 (il corsivo è mio). In quella causa, il riferimento ai procedimenti giurisdizionali era opportuno, in quanto la questione verteva sull'interpretazione dell'articolo 9 della direttiva 2016/943 («Tutela della riservatezza dei segreti commerciali nel corso di procedimenti giudiziari»). Le argomentazioni svolte in tale sentenza possono, tuttavia, essere estese senza difficoltà alla fase precedente, nel corso della quale l'amministrazione aggiudicatrice deve pronunciarsi sulla riservatezza.

11 Alcune versioni linguistiche (spagnola, inglese, tedesca, rumena, italiana o portoghese) fanno riferimento, indifferentemente, ai «segreti commerciali» sia nella direttiva 2014/24 sia nella direttiva 2016/943. Altre versioni (per esempio quella polacca o francese) utilizzano il termine «segreti commerciali» nella prima e «segreti aziendali» nella seconda. Tale differenza è irrilevante per la presente controversia, essendo le due nozioni equivalenti.

12 Sebbene la questione faccia riferimento anche ai principi di parità di trattamento, di non discriminazione degli operatori economici e di trasparenza, per rispondervi è sufficiente interpretare l'articolo 21 della direttiva 2014/24, che li sviluppa.

13 Sentenza Klaipėdos, punto 115.

14 Ibid., punto 116.

15 Ibid., punto 117.

16 Ibid., punto 118.

17 Punto IV.B, dell'ordinanza di rinvio. Il giudice del rinvio specifica che le amministrazioni aggiudicatrici agiscono in tal modo spinte da una duplice motivazione: da un lato, temono di divulgare documenti presentati come riservati, per evitare di esporsi a problematiche o incorrere in responsabilità; dall'altro, la mancanza di trasparenza è nel loro interesse, poiché rende le loro decisioni praticamente 14/15 inattaccabili, dato che gli offerenti non hanno informazioni sulle qualità o sui punti deboli dell'offerta dell'aggiudicatario.

18 Tale mancanza di attenzione è forse dovuta al fatto che, come spiegato dal governo polacco in udienza, le informazioni fornite insieme all'offerta vincitrice, in quanto segrete, rientrerebbero nella nozione di segreto commerciale. Non occorrerebbe dunque discutere delle altre nozioni di cui all'articolo 21 della direttiva 2014/24.

19 Per la direttiva 2016/943, i segreti tecnici sono ricompresi tra i segreti commerciali. Il suo considerando 14 concepisce il know-how come elemento del «segreto commerciale».

20 Conclusioni nella causa Klaipėdos (C-927/19, EU:C:2021:295), paragrafo 44.

21 Per esempio, al punto 130, in cui si invoca la «necessità di (...) tutelare le informazioni realmente riservate e in particolare i segreti commerciali dei partecipanti alla gara d'appalto». Il corsivo è mio.

22 In udienza, il governo polacco ha confermato che la ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw [legge che modifica la legge sulla concorrenza sleale e altre leggi (Dz.U. 2018/1637 z dnia 2018.08.27)] ha recepito la direttiva 2016/943 nel diritto nazionale.

23 Dal confronto tra l'articolo 11, paragrafo 2, della legge sulla concorrenza sleale e l'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 2016/943 emerge che la nozione di segreto commerciale nei due testi è sostanzialmente coincidente, e il giudice del rinvio a tal proposito non suggerisce alcuna differenza.

24 Sentenza del 19 giugno 2019, Meca (C-41/18, EU:C:2019:507), punto 33. Tale tesi viene ribadita nell'ordinanza del 20 novembre 2019, Indaco Service (C-552/18, non pubblicata, EU:C:2019:997), punto 23.

25 Punto 115 (il corsivo è mio).

26 Sentenza Klaipėdos, punto 115: «(...) poiché le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici sono fondate su un rapporto di fiducia tra gli operatori economici e le amministrazioni aggiudicatrici, questi ultimi devono poter comunicare a tali amministrazioni aggiudicatrici qualsiasi informazione utile nell'ambito della procedura di aggiudicazione, senza temere che esse rivelino a terzi elementi di informazione la cui divulgazione potrebbe recare pregiudizio a tali operatori (v., in tal senso, sentenze del 14 febbraio 2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, punti da 34 a 36, e del 15 luglio 2021, Commissione/Landesbank BadenWürttemberg e CRU, C-584/20 P e C-621/20 P, EU:C:2021:601, punto 112 e giurisprudenza citata)». Il corsivo è mio.

27 Nel corso dell'udienza sono stati menzionati gli aspetti relativi alla protezione dei dati personali e ai diritti di proprietà intellettuale. Farò riferimento a questi ultimi in seguito.

28 Al punto 129 della sentenza Klaipėdos si utilizza la nozione di «informazioni sufficienti» per salvaguardare il diritto a un ricorso efficace. Quest'ultimo «deve essere bilanciato con il diritto di altri operatori economici» alla tutela delle loro informazioni riservate. 19/05/22,

29 Sentenza Klaipėdos, punto 123.

30 Ibid., punto 124.

31 Ibid., punto 125. Fornire una versione non riservata è espressione del carattere specifico e concreto delle informazioni oggetto di riserva. Implica che un medesimo documento può essere trattato in modo tale che solo parti di esso siano preservate dalla pubblica notorietà.

32 Ciò avviene, per esempio, nell'articolo 31, paragrafo 6, della direttiva 2014/24: «Nel caso di un partenariato per l'innovazione con più partner, l'amministrazione aggiudicatrice non rivela agli altri partner, conformemente all'articolo 21, le soluzioni proposte o altre informazioni riservate comunicate da un partner nel quadro del partenariato, senza l'accordo dello stesso. Tale accordo non assume la forma di una deroga generale ma si considera riferito alla prevista comunicazione di informazioni specifiche» (il corsivo è mio).

33 Gli articoli da 2 a 4 della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (GU 2001, L 167, pag. 10), impongono in particolare agli Stati membri di garantire agli autori i diritti esclusivi di autorizzare o vietare la riproduzione delle loro opere [articolo 2, lettera a)], di autorizzarne o vietarne la comunicazione al pubblico (articolo 3, paragrafo 1) e di autorizzarne o vietarne la distribuzione (articolo 4, paragrafo 1).

34 L'ordinanza di rinvio (punto IV.B) afferma che nessuno ha contestato che «i progetti non contengono soluzioni innovative nel settore, e quindi (...) contengono conoscenze disponibili ai professionisti».