

## **Appalti pubblici: tutela delle informazioni riservate e diritto ad un equo processo**

*(Corte di Giustizia delle Comunità europee, Terza Sezione, sentenza del 14 febbraio 2008 nella causa C-450/06)*

Nell'ambito di un ricorso proposto contro una decisione adottata da un'amministrazione aggiudicatrice relativa ad 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. Tale diritto di accesso deve infatti essere ponderato con il diritto di altri operatori economici alla tutela delle informazioni riservate e dei loro segreti commerciali.

Alla luce del danno estremamente grave che potrebbe risultare dalla comunicazione non corretta di talune informazioni ad un concorrente, prima di comunicare tali informazioni ad una parte nella controversia, occorre dare all'operatore economico di cui trattasi la possibilità di opporre il loro carattere riservato o di segreto commerciale, decidendo infine in che misura e secondo quali modalità occorra garantire la riservatezza e il segreto di tali informazioni, per le esigenze di tutela giuridica effettiva e dei diritti di difesa delle parti nella controversia.

Questi i principi affermati dalla Corte di Giustizia, terza sezione, con la sentenza del 14 febbraio 2008. La domanda di pronuncia pregiudiziale è stata presentata dal Conseil d'État nell'ambito di una controversia tra la V.S. e lo Stato Belga, nella causa C-450/06 relativa all'aggiudicazione di un appalto pubblico.

Tale questione è fondata sull'interpretazione dell'articolo 1, n. 1 della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/Cee, la quale coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative inerenti l'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavoro, nel testo risultante dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/Cee, la quale coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Al riguardo è stato chiesto alla Corte di chiarire se l'articolo 1, n. 1, della direttiva 89/665 letto in combinato disposto con gli artt. 15 n. 2 della direttiva 93/36 e 6 della direttiva 2004/18, debba essere interpretato nel senso che l'autorità giudiziaria nei ricorsi previsti da tale norma deve garantire la riservatezza e il rispetto dei segreti commerciali contenuti nei fascicoli di parte, ivi incluso quello dell'amministrazione aggiudicatrice, pur avendo il giudice stesso il potere di venire a conoscenza di siffatte informazioni e di prenderle in considerazione per la decisione.

Con la decisione in oggetto, la Corte di Giustizia ha formulato due importanti considerazioni.

Anzitutto la Corte ha precisato che l'autorità giudiziaria responsabile dei ricorsi in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, deve garantire la riservatezza dei segreti commerciali e delle informazioni relative alla procedu-

ra di aggiudicazione in quanto tali procedure si basano su un rapporto di fiducia che si instaura tra le amministrazioni aggiudicatrici e i partecipanti alla gara.

Per questo, in un ricorso proposto contro una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice nell'ambito degli appalti pubblici, il principio del contraddittorio non implica che le parti possano accedere in modo illimitato e assoluto alle informazioni contenute nei fascicoli in quanto le informazioni fornite all'amministrazione aggiudicatrice, potrebbero ledere gli interessi dei partecipanti alla gara ed essere d'impedimento alla realizzazione di una concorrenza leale in tutti gli Stati membri (1).

Infatti, se tali informazioni fossero conosciute dall'offerente escluso a seguito della mera proposizione di un ricorso, si correrebbe il rischio di trasformare il sindacato giurisdizionale contro i provvedimenti amministrativi in un pericoloso strumento attraverso il quale falsare la concorrenza in quanto il ricorrente, e addirittura gli intervenienti, potrebbero accedere liberamente ai segreti commerciali concernenti gli altri partecipanti.

Al fine di scongiurare questo pericoloso meccanismo, la sentenza ha affermato che il diritto di accesso agli atti del procedimento deve essere "*ponderato con il diritto di altri operatori economici alla tutela delle informazioni riservate e dei loro segreti commerciali*".

La Corte non dimentica che l'articolo 6 della Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali stabilisce che uno degli elementi che consente di valutare l'equità di un procedimento è rappresentato, appunto, dal carattere contraddittorio del procedimento stesso.

Tuttavia, secondo costante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (2), il carattere contraddittorio di un procedimento può essere bilanciato con il diritto fondamentale di un terzo o con la tutela di un interesse pubblico importante.

Ebbene, tra i diritti fondamentali figura il diritto al rispetto della vita privata (3) nella cui nozione risultano essere incluse anche le attività commerciali (4) e dunque la partecipazione ad una gara d'appalto.

Inoltre, il mantenimento di una concorrenza leale tra i partecipanti alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici rappresenta, senza dubbio, un interesse pubblico importante e, dunque, da salvaguardare (5).

---

(1) Cfr. Corte di Giustizia Europea, 11 gennaio 2005, causa C-26/03, punto 44.

(2) Riguardo alla necessità di non comunicare talune informazioni al fine di salvaguardare i diritti fondamentali di un terzo o tutelare un interesse pubblico si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 febbraio 2000, *Rowe e Davis/Regno Unito*, e Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 aprile 2007, *V. c. Finlandia*.

(3) Il diritto al rispetto alla vita privata è stato sancito dall'art. 8 della CEDU, nasce dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ed è riaffermato all'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000.

(4) Si vedano in proposito le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 dicembre 1992, n. 251-B; Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 gennaio 2003, *Peck/Regno Unito*.

(5) Si veda in proposito Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 febbraio 2000, *Rowe e Davis/Regno Unito* e 24 aprile 2007, *V. c. Finlandia*.

Per tali motivi la Corte ha ritenuto di dover limitare il diritto di accesso agli atti, stabilendo che l'autorità giudiziaria, prima di comunicare informazioni sensibili a una parte nella controversia, deve garantire all'operatore economico la possibilità di opporre il loro carattere riservato o di segreto commerciale.

Con la seconda considerazione la sentenza ha affermato che l'autorità giudiziaria può esaminare e tenere conto di tutte le informazioni relative alla procedura di aggiudicazione, incluse quelle riservate e i segreti commerciali, al fine di decidere con piena cognizione di causa.

L'autorità, inoltre, può determinare in che misura e secondo quali modalità occorra tutelare la riservatezza e il segreto di tali informazioni.

A ben vedere, un diverso orientamento della Corte avrebbe ostacolato l'effettività della tutela giuridica, la quale rappresenta un principio di portata generale (6).

Nell'ordinamento normativo italiano, il decreto legislativo n. 163 del 12 aprile 2006 contenente il nuovo codice degli appalti pubblici, disciplina l'accesso agli atti delle procedure di affidamento facendo riferimento alla disciplina generale prevista dalla Legge n. 241 del 1990 e tenendo conto della disciplina comunitaria attraverso la quale viene garantita la tutela dei segreti commerciali e delle informazioni riservate.

Quindi, sebbene la legge riconosca il diritto del cittadino all'accesso agli atti del procedimento amministrativo al fine di assicurare la trasparenza dell'azione amministrativa, l'esercizio di tale diritto è sottoposto ad una serie di limitazioni che derivano da esigenze di riservatezza.

Di contro, il diritto alla riservatezza non può risolversi in una protezione di tutti i dati dell'offerta presentata. Ciò andrebbe infatti a collidere con il diritto degli altri concorrenti alla tutela dei loro interessi legittimi. Pertanto, i partecipanti hanno diritto alla protezione dei segreti commerciali solo nell'ambito di precisi ed inderogabili restrizioni.

Sul piano normativo, il bilanciamento delle suddette esigenze è reso possibile dalle disposizioni contenute nella già citata L. 241/1990 nella quale, all'articolo 24, vengono indicati i limiti al diritto di accesso ai documenti amministrativi, e al contempo, dalle norme contenute nel D.Lgs. 196/2003 il quale, all'articolo 59, disciplinando la regolamentazione del trattamento e della divulgazione dei dati da parte di soggetti pubblici, stabilisce che restano in vigore le vigenti norme in materia di accesso.

---

(6) Come più volte chiarito dalla Corte di Giustizia, il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva dei diritti fa parte dei principi generali conseguenti le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Sancito dagli artt. 6, n. 1, e 13 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo nonché dagli artt. 8 e 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, viene ribadito dagli artt. 2, n. 3, e 14, n. 1, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato il 19 dicembre 1966 (in vigore dal 23 marzo 1976). Infine, nel Trattato sulla Costituzione europea viene integralmente riportata la disposizione contenuta nell'articolo 47, paragrafo 1 della Carta di Nizza, nella quale si afferma il diritto di ogni individuo, i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati, a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice.

L'orientamento dell'ordinamento legislativo nazionale, dunque, tende a contemperare l'interesse pubblico alla trasparenza delle operazioni di gara svolte dalle pubbliche amministrazioni con il diritto delle imprese partecipanti a tenere riservate le informazioni trasmesse al soggetto pubblico nella fase di presentazione delle offerte.

L'indirizzo interpretativo elaborato dalla giurisprudenza amministrativa privilegia, senza dubbio, il diritto di accesso considerandolo prevalente rispetto all'esigenza di riservatezza del terzo, ogni qualvolta l'accesso sia rilevante per realizzare la difesa di interessi giuridici del richiedente (7).

Secondo quanto affermato dal giudice amministrativo, l'impresa partecipante ad una gara di appalto pubblico è titolare di un interesse qualificato all'accesso agli atti di gara; a fronte di tale interesse non può opporsi il diritto alla riservatezza degli altri partecipanti in quanto, con l'ammissione alla gara, la documentazione prodotta, inclusa l'offerta presentata, vengono assoggettate a un giudizio di valutazione comparativa e dunque non rientrano più nella sfera di dominio riservato della singola impresa (8).

Tuttavia, negli ultimi periodi, la giurisprudenza è sempre più attenta a soddisfare la complessa esigenza di bilanciare questi due interessi contrapposti, attraverso la ricerca e l'identificazione di un punto di equilibrio che consenta di garantire, con un'attenta valutazione, tanto la difesa di un interesse giuridicamente rilevante di cui è titolare il soggetto che esercita il diritto di accesso, (e sempre nei limiti in cui l'accesso sia effettivamente necessario alla tutela di quell'interesse), quanto la salvaguardia del diritto alla riservatezza, in quanto non va dimenticato che anche ad esso la legge riconosce tutela giuridica (9).

Vale la pena precisare che una volta perfezionato l'accesso alle informazioni del concorrente, il soggetto è tenuto a non comunicare i dati dei quali è venuto a conoscenza: in caso contrario incorrerebbe nel reato di trattamento illecito di dati di cui all'art. 35 della legge 675/1996 e successive modifiche.

La tutela della riservatezza delle informazioni nell'ambito delle procedure di appalto è completata dall'imposizione dell'obbligo, in capo a tutti gli operatori facenti capo a qualunque titolo al soggetto pubblico, ad osservare il riserbo su tutte le informazioni di cui sono venuti a conoscenza a seguito di un loro ufficio ovvero funzione.

In conclusione, anche la giurisprudenza amministrativa, che per lungo tempo aveva sancito la prevalenza del diritto di accesso sull'esigenza di riservatezza, ha riconosciuto, di recente, la necessità di prestare attenzione

---

(7) In tal senso Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza del 27 ottobre 2006 n. 6440; TAR Milano, Sez. III, sentenza del 30 luglio 2007 n. 5489; TAR Reggio Calabria, sentenza del 13 settembre 2007 n. 886; TAR Toscana, Sez. II, sentenza del 9 febbraio 2007 n. 152; TAR Marche, sentenza del 12 ottobre 2006 n. 817.

(8) Cfr. T.a.r. Lazio, sez. III, sentenza del 30 marzo 2006, n. 2212.

(9) Al riguardo Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 28 settembre 2007, n. 4999.

alla tutela dei dati e delle informazioni trasmesse alla pubblica amministrazione, manifestando, in tal modo, la tendenza a conformarsi alla normativa di settore vigente nell'ordinamento italiano e all'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia.

*Dott.ssa Sara D'Amario<sup>(\*)</sup>*

**Sentenza della Corte (Terza Sezione) 14 febbraio 2008 (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Conseil d'Etat – Belgio) – Varec SA/Stato belga.** (Avvocato dello Stato F. Arena – AL 8376/07).

*(Appalti pubblici – Ricorso – Direttiva 89/665/CEE – Ricorso efficace – Nozione – Equilibrio tra il principio del contraddittorio e il diritto al rispetto dei segreti commerciali – Tutela, da parte dell'organo responsabile dei ricorsi, della riservatezza delle informazioni fornite dagli operatori economici)*

«(Omissis)

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'art. 1, n. 1, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU L 395, pag. 33), nel testo risultante dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva 89/665»).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Varec SA (in prosieguo: la «Varec») e lo Stato belga, rappresentato dal Ministro della Difesa, in merito all'aggiudicazione di un appalto pubblico per la fornitura di maglie per cingoli destinati a carri del tipo «Léopard».

*Contesto normativo*

*La normativa comunitaria*

3 L'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 così dispone:

«Gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalle direttive 71/305/CEE, 77/62/CEE e 92/50/CEE (...), le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci e, in particolare, quanto più rapidi possibile, secondo le condizioni previste negli articoli seguenti, in particolare nell'articolo 2, paragrafo 7, qualora violino il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono».

4 L'art. 33 della direttiva Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1), abroga la direttiva del Consiglio 21 dicembre 1976, 77/62/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU 1977, L 13, pag. 1), e prevede che i riferi-

---

<sup>(\*)</sup> Dottore in giurisprudenza, ammessa alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

menti alla direttiva abrogata si intendono come compiuti alla direttiva 93/36. Analogamente, l'art. 36 della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54), abroga la direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185, pag. 5), e prevede che i riferimenti a quest'ultima direttiva si intendono come compiuti alla direttiva 93/37.

5 L'art. 2, n. 8, della direttiva 89/665 così recita:

«Se gli organi responsabili delle procedure di ricorso non sono organi giudiziari, le loro decisioni devono essere sempre motivate per iscritto. In questo caso inoltre devono essere adottate disposizioni mediante cui ogni misura presunta illegittima presa dall'organo di base competente oppure ogni presunta infrazione nell'esercizio dei poteri che gli sono conferiti possa essere oggetto di un ricorso giurisdizionale o di un ricorso presso un altro organo che sia una giurisdizione ai sensi dell'articolo [234 CE] e che sia indipendente dalle autorità aggiudicatrici e dall'organo di base.

La nomina dei membri di tale organo indipendente e la cessazione del loro mandato sono soggetti a condizioni uguali a quelle applicabili ai giudici, per quanto concerne l'autorità responsabile della nomina, la durata del loro mandato e la loro revocabilità. Per lo meno il presidente di tale organo indipendente deve avere le stesse qualifiche giuridiche e professionali di un giudice. L'organo indipendente prende le proprie decisioni all'esito di una procedura in contraddittorio e tali decisioni producono, tramite i mezzi determinati da ciascuno Stato membro, effetti giuridici vincolanti».

6 Ai sensi dell'art. 7, n. 1, della direttiva 93/36, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE (GU L 328, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva 93/36»):

«1. Entro il termine di quindici giorni dal ricevimento di una domanda scritta, l'amministrazione aggiudicatrice comunica ad ogni candidato od offerente respinto i motivi del rigetto della sua candidatura o offerta e comunica ad ogni offerente che abbia fatto un'offerta selezionabile le caratteristiche e i vantaggi relativi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato l'appalto.

Tuttavia, le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere che alcune delle informazioni relative all'aggiudicazione dell'appalto di cui al primo comma non siano comunicate, qualora la loro diffusione ostacoli l'applicazione della legge, o sia contraria al pubblico interesse, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di imprese, pubbliche o private, ovvero possa compromettere la concorrenza leale tra i prestatori di servizi».

7 L'art. 9, n. 3, della direttiva 93/36 dispone:

«Le amministrazioni che hanno aggiudicato un appalto ne comunicano il risultato con apposito avviso. In determinati casi, possono tuttavia non essere pubblicate le informazioni relative all'aggiudicazione di appalti la cui divulgazione impedisca l'applicazione della legge, o sia altrimenti contraria all'interesse pubblico, o pregiudichi i legittimi interessi commerciali di imprese pubbliche o private oppure possa recar pregiudizio alla lealtà della concorrenza tra fornitori».

8 L'art. 15, n. 2, della stessa direttiva prevede quanto segue:

«Le amministrazioni aggiudicatrici devono rispettare il carattere riservato di tutte le informazioni date dai fornitori».

9 Le disposizioni degli artt. 7, n. 1, 9, n. 3, e 15, n. 2, della direttiva 93/36 sono state sostanzialmente riprese agli artt. 6, 35, n. 4, quinto comma, e 41, n. 3, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamen-

to delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114).

*La normativa nazionale*

10 L'art. 87 del regio decreto 23 agosto 1948 che disciplina la procedura dinanzi alla sezione amministrativa del Conseil d'État (*arrêté du Régent déterminant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'État*) (Moniteur belge del 23-24 agosto 1948, pag. 6821), prevede quanto segue:

«Le parti, i loro avvocati e il commissario del governo possono esaminare il fascicolo della causa presso la cancelleria».

11 Ai sensi dell'art. 21, terzo e quarto comma, delle leggi coordinate 12 gennaio 1973, relative al Conseil d'État (Moniteur belge del 21 marzo 1973, pag. 3461):

«Qualora il convenuto non trasmetta il fascicolo amministrativo entro il termine stabilito, fatto salvo quanto previsto all'art. 21 bis, i fatti adottati dal ricorrente devono essere considerati come provati a meno che non siano manifestamente inesatti.

Qualora il fascicolo amministrativo non sia in possesso del convenuto, quest'ultimo deve informarne la sezione investita del ricorso. Essa può ordinare il deposito del fascicolo amministrativo, infliggendo in caso di inadempienza una penalità conformemente a quanto previsto all'art. 36».

*La causa principale e la questione pregiudiziale*

12 Il 14 dicembre 2001, lo Stato belga ha avviato la procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per la fornitura di maglie per cingoli destinati a carri del tipo «Léopard». Sono state ricevute due offerte, e cioè quella della Varec e quella della Diehl Remscheid GmbH & Co. (in prosieguo: la «Diehl»).

13 Al momento dell'esame di tali offerte, lo Stato belga ha ritenuto che quella presentata dalla Varec non rispondesse ai requisiti di selezione di carattere tecnico e che tale offerta fosse irregolare. Per contro, ha ritenuto che l'offerta della Diehl soddisfacesse tutti i criteri di selezione, che fosse regolare e che i suoi prezzi fossero normali. Di conseguenza, lo Stato belga ha aggiudicato l'appalto alla Diehl con decisione del Ministro della Difesa 28 maggio 2002 (in prosieguo: la «decisione di aggiudicazione dell'appalto»).

14 Il 29 luglio 2002, la Varec ha proposto un ricorso diretto all'annullamento della decisione di aggiudicazione dell'appalto dinanzi al Conseil d'État. L'intervento della Diehl è stato ammesso.

15 Il fascicolo trasmesso al Conseil d'État dallo Stato belga non conteneva l'offerta della Diehl.

16 La Varec ha chiesto che tale offerta fosse allegata al fascicolo. La stessa richiesta è stata formulata dall'Auditeur del Conseil d'État, incaricato di predisporre una relazione (in prosieguo: l'«Auditeur»).

17 Il 17 dicembre 2002, lo Stato belga ha allegato l'offerta della Diehl al fascicolo, precisando che essa non conteneva i piani generali della maglia proposta e neppure gli elementi costitutivi di quest'ultima. Detto Stato ha indicato che, in conformità del capitolato d'oneri e della richiesta della Diehl, aveva rinviato tali elementi a quest'ultima, aggiungendo che, per questo motivo, non era in grado di allegare tali elementi al fascicolo e che, se era indispensabile che vi figurassero, sarebbe stato allora opportuno chiedere alla Diehl di fornirli. Lo Stato belga ha anche ricordato che la Varec e la Diehl controvertono sui diritti di proprietà intellettuale collegati ai piani di cui trattasi.

18 Con lettera in pari data, la Diehl ha informato l'Auditeur che la sua offerta, come allegata al fascicolo dallo Stato belga, contiene dati e informazioni riservati e che, di conse-

guenza, essa si opponeva a che terzi, compresa la Varec, venissero a conoscenza di tali dati e informazioni riservati collegati a segreti commerciali inclusi in tale offerta. Infatti, secondo la Diehl, taluni passaggi degli allegati 4, 12 e 13 della sua offerta contengono dati precisi per quanto riguarda le revisioni esatte dei piani di fabbricazione applicabili e del procedimento industriale.

19 Nella sua relazione in data 23 febbraio 2006, l'Auditeur ha chiesto l'annullamento della decisione di aggiudicazione dell'appalto in quanto, «in mancanza di una collaborazione leale della controparte alla buona amministrazione della giustizia e all'equità del processo, la sola sanzione consiste nell'annullamento dell'atto amministrativo di cui non è stata accertata la legittimità in seguito ad un comportamento che consiste nel sottrarre taluni atti al contraddittorio».

20 Lo Stato belga ha contestato tale conclusione, chiedendo al Conseil d'État di pronunciarsi sulla questione del rispetto della riservatezza dei documenti relativi all'offerta della Diehl contenenti informazioni collegate a segreti commerciali che erano state allegati al fascicolo nel contesto del procedimento dinanzi a tale giudice.

21 Ciò premesso, il Conseil d'État ha deciso di sospendere la decisione e di presentare alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se l'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 (...), letto in combinato disposto con gli artt. 15, n. 2, della direttiva 93/36 (...) e 6 della direttiva 2004/18 (...), debba essere interpretato nel senso che l'organo responsabile delle procedure di ricorso previste da tale norma deve garantire la riservatezza e il rispetto dei segreti commerciali contenuti nei fascicoli ad esso trasmessi dalle parti in causa, tra le quali rientra anche l'amministrazione aggiudicatrice, pur avendo esso allo stesso tempo il diritto di venire a conoscenza di siffatte informazioni e di prenderle in considerazione».

#### *Sulla ricevibilità*

22 La Varec afferma che per la soluzione della controversia pendente dinanzi al Conseil d'État non è necessario che la Corte si pronunci sulla questione pregiudiziale.

23 A tale riguardo si deve ricordare che, nell'ambito di un procedimento in forza dell'art. 234 CE, basato sulla netta separazione di funzioni tra i giudici nazionali e la Corte, ogni valutazione dei fatti di causa rientra nella competenza del giudice nazionale. Parimenti, spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze della causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di pronunciare la propria sentenza sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Di conseguenza, se le questioni sollevate vertono sull'interpretazione del diritto comunitario, la Corte, in via di principio, è tenuta a statuire (v., in particolare, sentenza 25 febbraio 2003, causa C-326/00, IKA, Racc. pag. I-1703, punto 27; 12 aprile 2005, causa C-145/03, Keller, Racc. pag. I-2529, punto 33, e 22 giugno 2006, causa C-419/04, Conseil général de la Vienne, Racc. pag. I-5645, punto 19).

24 Tuttavia la Corte ha anche affermato che, in ipotesi eccezionali, le spetta esaminare le condizioni alle quali è adita dal giudice nazionale al fine di verificare la propria competenza (v., in questo senso, sentenza 16 dicembre 1981, causa 244/80, Foglia, Racc. pag. 3045, punto 21). La Corte può rifiutare di pronunciarsi su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale solo qualora risulti manifestamente che l'interpretazione del diritto comunitario richiesta non ha alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa principale oppure qualora il problema sia di natura ipotetica, oppure nel caso in cui la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una



soluzione utile alle questioni che le vengono sottoposte (v., in particolare, sentenze 13 marzo 2001, causa C-379/98, PreussenElektra, Racc. pag. I-2099, punto 39; 22 gennaio 2002, causa C-390/99, Canal Satélite Digital, Racc. pag. I-607, punto 19, e Conseil général de la Vienne, cit., punto 20).

25 Occorre rilevare che ciò non avviene nel caso di specie. A tale proposito, si può osservare che, se il Conseil d'État farà sue le conclusioni dell'Auditeur, sarà indotto ad annullare la decisione di aggiudicazione dell'appalto impugnata dinanzi ad esso, senza esaminare la controversia nel merito. Invece, se le disposizioni del diritto comunitario di cui il giudice del rinvio chiede l'interpretazione giustificano il trattamento confidenziale degli elementi del fascicolo di cui trattasi nella causa principale, quest'ultimo potrà esaminare il merito della controversia. Detti motivi permettono di ritenere che l'interpretazione delle disposizioni in parola sia necessaria per la soluzione della controversia principale.

*Sul merito*

26 Nella questione sottoposta alla Corte dal giudice del rinvio, quest'ultimo menziona sia la direttiva 93/36 sia la direttiva 2004/18. Poiché essa ha sostituito la direttiva 93/36, occorre stabilire rispetto a quale di queste due direttive debba essere esaminata la questione.

27 Si deve ricordare che, secondo la costante giurisprudenza, le norme di procedura si applicano, come si ritiene in generale, a tutte le controversie pendenti all'atto della loro entrata in vigore, a differenza delle norme sostanziali, che, secondo la comune interpretazione, non riguardano, in linea di principio, rapporti giuridici definiti anteriormente alla loro entrata in vigore (v. sentenza 23 febbraio 2006, causa C-201/04, Molenbergnatie, Racc. pag. I-2049, punto 31 e giurisprudenza ivi citata).

28 La causa principale riguarda il diritto alla tutela delle informazioni riservate. Come l'avvocato generale ha rilevato al paragrafo 31 delle sue conclusioni, tale diritto è essenzialmente un diritto sostanziale, anche se la sua attuazione può avere effetti processuali.

29 Tale diritto si è concretizzato quando la Diehl ha presentato la sua offerta nell'ambito della procedura di aggiudicazione dell'appalto di cui si tratta alla causa principale. Poiché tale data non è stata precisata nella decisione di rinvio, occorre supporre ch'essa si collochi tra il 14 dicembre 2001, data del bando di gara, e il 14 gennaio 2002, data dell'apertura delle offerte.

30 A quell'epoca la direttiva 2004/18 non era ancora stata adottata. Ne consegue che occorre considerare, ai fini della controversia di cui alla causa principale, le disposizioni della direttiva 93/36.

31 La direttiva 89/665 non contiene alcuna disposizione che disciplini esplicitamente la questione della tutela delle informazioni riservate. A tale proposito è necessario fare riferimento alle disposizioni generali di tale direttiva e, in particolare, all'art. 1, n. 1, di quest'ultima.

32 Quest'ultima disposizione prevede che gli Stati membri, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalla direttiva 93/36, prendano i provvedimenti necessari per garantire che le decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace in quanto tali decisioni hanno violato il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che recepiscono tale diritto.

33 Poiché la direttiva 89/665 ha lo scopo di garantire il rispetto del diritto comunitario in materia di appalti pubblici, occorre interpretare il suo art. 1, n. 1, alla luce sia delle disposizioni della direttiva 93/36 sia delle altre disposizioni del diritto comunitario in materia di appalti pubblici.

34 L'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici comprende l'apertura ad una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri (v., in tal senso, sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau, Racc. pag. I-1, punto 44).

35 Per conseguire 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, sia in una procedura di aggiudicazione in corso, sia in procedure di aggiudicazioni successive.

36 Inoltre, le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, per loro natura e per il sistema di regolamentazione comunitario in materia, sono fondate su un rapporto di fiducia tra le amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori economici che partecipano ad esse. 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.

37 Per queste ragioni, l'art. 15, n. 2, della direttiva 93/36 prevede che le amministrazioni aggiudicatrici hanno l'obbligo di rispettare il carattere confidenziale di qualsiasi informazione fornita dai fornitori.

38 Nell'ambito specifico della comunicazione ad un candidato o ad un offerente escluso dei motivi per cui la sua offerta è stata respinta e in quello della pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione di un appalto, gli artt. 7, n. 1, e 9, n. 3, di tale direttiva riconoscono alle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di non comunicare talune informazioni allorché la loro diffusione danneggerebbe gli interessi commerciali legittimi di imprese pubbliche o private o potrebbe nuocere ad una concorrenza leale tra fornitori.

39 È vero che tali disposizioni riguardano il comportamento delle amministrazioni aggiudicatrici. Tuttavia, occorre riconoscere che il loro effetto utile sarebbe gravemente compromesso se, in occasione di un ricorso proposto contro una decisione adottata da un'amministrazione aggiudicatrice relativa ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, il complesso delle informazioni concernenti tale procedura di aggiudicazione dovesse indiscriminatamente essere messo a disposizione dell'autore di tale ricorso, o addirittura di altre persone come gli intervenienti.

40 In tale ipotesi, la mera proposizione di un ricorso darebbe accesso a informazioni che potrebbero essere utilizzate per falsare la concorrenza o per nuocere agli interessi legittimi di operatori economici che hanno preso parte alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi. Tale possibilità potrebbe persino incitare taluni operatori economici a proporre ricorsi al solo scopo di accedere ai segreti commerciali dei loro concorrenti.

41 In un ricorso di questo tipo, il convenuto è l'amministrazione aggiudicatrice, mentre l'operatore economico i cui interessi rischiano di essere lesi non è necessariamente parte nella controversia né è citato in giudizio per difenderli. Per tale motivo, è tanto più importante prevedere meccanismi che salvaguardino in modo adeguato gli interessi di tali operatori economici.

42 Gli obblighi previsti dalla direttiva 93/36 per quanto riguarda il rispetto della riservatezza delle informazioni da parte delle amministrazioni aggiudicatrici sono assunti, nel contesto di un ricorso, dall'organo investito del procedimento di ricorso. La prescrizione di un ricorso efficace prevista all'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665, letto in combinato disposto con gli artt. 7, n. 1, 9, n. 3, e 15, n. 2, della direttiva 93/36, impone quindi a tale organo di adottare tutti i provvedimenti necessari per garantire l'effetto utile di tali disposizioni e, in tal modo, di assicurare il mantenimento di una concorrenza leale e la tutela degli interessi legittimi degli operatori economici di cui trattasi.

43 Ne consegue 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 economici perseguita dal diritto comunitario.

44 Sorge la questione se tale interpretazione sia conforme alla nozione di processo equo ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (in prosieguo: la «CEDU»).

45 Infatti, come risulta dalla decisione di rinvio, la Varec ha sostenuto dinanzi al Conseil d'État che il diritto ad un equo processo comporta che sia garantito il carattere contraddittorio di qualsiasi procedimento giurisdizionale, che il principio del contraddittorio costituisce un principio generale del diritto, che esso trova un fondamento nell'art. 6 della CEDU e che tale principio implica il diritto delle parti in un processo di prendere conoscenza di tutte le prove o osservazioni presentate al giudice per influire sulla sua decisione e di discuterle.

46 A tale riguardo occorre sottolineare che l'art. 6, n. 1, della CEDU prevede segnatamente che «[o]gni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale (...)». Secondo costante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, il carattere contraddittorio di un procedimento costituisce uno degli elementi che consentono di valutare la sua equità, ma può essere bilanciato con altri diritti e interessi.

47 Il principio del contraddittorio implica, in generale, il diritto delle parti in un processo di prendere conoscenza delle prove e delle osservazioni presentate dinanzi al giudice e di discuterle. Tuttavia, in taluni casi, può essere necessario non comunicare talune informazioni alle parti per salvaguardare i diritti fondamentali di un terzo o tutelare un interesse pubblico importante (v. sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo 16 febbraio 2000, Rowe e Davis/Regno Unito, Raccolta delle sentenze e delle decisioni 2000-II, § 61, e 24 aprile 2007, V. c. Finlandia, non ancora pubblicata nella Raccolta delle sentenze e delle decisioni, § 75).

48 Tra i diritti fondamentali suscettibili di essere in tal modo protetti figura il diritto al rispetto della vita privata, sancito dall'art. 8 della CEDU e che nasce dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ed è riaffermato all'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 (GU C 364, pag. 1) (v., in particolare, sentenze 8 aprile 1992, causa C-62/90, Commissione/Germania, Racc. pag. I-2575, punto 23, e 5 ottobre causa C-404/92 P, X/Commissione, Racc. pag. I-4737, punto 17). A tale proposito, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo risulta che non può ritenersi che la nozione di vita privata debba essere interpretata in modo da escludere le attività professionali o commerciali delle persone fisiche o giuridiche (v. sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo 16 dicembre 1992, Niemietz c. Germania, serie A, n. 251-B, § 29; 16 aprile 2002, Société Colas Est e a. c. Francia, Raccolta delle sentenze e delle decisioni 2002-II, § 41, nonché 28 gennaio 2003, Peck/Regno Unito, Raccolta delle sentenze e delle decisioni 2003-I, § 57), attività che possono comprendere la partecipazione ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

49 D'altronde, la Corte di giustizia ha riconosciuto la tutela dei segreti commerciali come un principio generale (v. sentenze 24 giugno 1986, causa 53/85, AKZO Chemie e AKZO Chemie UK/Commissione, Racc. pag. 1965, punto 28, nonché 19 maggio 1994, causa C-36/92 P, SEP/Commissione, Racc. pag. I-1911, punto 37).

50 Infine, il mantenimento di una concorrenza leale nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici costituisce un interesse pubblico importante la cui salvaguardia è ammessa in base alla giurisprudenza citata al punto 47 della presente sentenza.

51 Ne consegue che, nell'ambito di un ricorso proposto contro una decisione adottata da un'amministrazione aggiudicatrice relativa ad 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 dei mercati di cui trattasi che sono state presentate all'organo responsabile del ricorso. Al contrario, tale diritto di accesso dev'essere ponderato con il diritto di altri operatori economici alla tutela delle informazioni riservate e dei loro segreti commerciali.

52 Il principio della tutela delle informazioni riservate e dei segreti commerciali deve essere attuato in modo da conciliarlo con le esigenze di effettività della tutela giurisdizionale e con il rispetto del diritto di difesa delle parti della controversia (v., per analogia, sentenza 13 luglio 2006, causa C-438/04, *Mobistar*, Racc. pag. I-6675, punto 40) e, in caso di un ricorso giurisdizionale o di un ricorso presso un organo che è una giurisdizione ai sensi dell'art. 234 CE, in modo da garantire che il procedimento, nel suo insieme, rispetti il diritto ad un equo processo.

53 A tal riguardo, occorre rilevare che l'organismo competente a conoscere dei ricorsi deve necessariamente poter disporre di tutte le informazioni necessarie per essere in grado di decidere con piena cognizione di causa, ivi comprese le informazioni riservate e i segreti commerciali (v., per analogia, sentenza *Mobistar*, cit., punto 40).

54 Alla luce del danno estremamente grave che potrebbe risultare dalla comunicazione non corretta di talune informazioni ad un concorrente, tale organo, prima di comunicare tali informazioni ad una parte nella controversia, deve dare all'operatore economico di cui trattasi la possibilità di opporre il loro carattere riservato o di segreto commerciale (v., per analogia, sentenza *AKZO Chemie e AKZO Chemie UK/Commissione*, cit., punto 29).

55 Pertanto, occorre risolvere la questione proposta dichiarando che l'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665, letto in combinato disposto con l'art. 15, n. 2, della direttiva 93/36, deve essere interpretato nel senso che l'organo responsabile dei ricorsi previsti al detto art. 1, n. 1, deve garantire la riservatezza e il diritto al rispetto dei segreti commerciali con riferimento alle informazioni contenute nei fascicoli che le vengono comunicate dalle parti in causa, in particolare dall'amministrazione aggiudicatrice, pur potendo essa stessa esaminare tali informazioni e tenerne conto. È compito di tale organo decidere in che misura e secondo quali modalità occorra garantire la riservatezza e il segreto di tali informazioni, per le esigenze di tutela giudica effettiva e dei diritti di difesa delle parti nella controversia e, in caso di ricorso giurisdizionale o di un ricorso presso un organo che è una giurisdizione ai sensi dell'art. 234 CE, in modo che il procedimento rispetti, nel suo complesso, il diritto ad un equo processo.

#### *Sulle spese*

56 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Terza Sezione) dichiara:

*L'art. 1, n. 1, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, nel testo risultante dalla direttiva del Consiglio del 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, letto in combinato disposto con l'art. 15, n. 2, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, come modificata dalla direttiva del*

*Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE, deve essere interpretato nel senso che l'organo responsabile dei ricorsi previsti al detto art. 1, n. 1, deve garantire la riservatezza e il diritto al rispetto dei segreti commerciali rispetto alle informazioni contenute nei fascicoli che le vengono comunicate dalle parti in causa, in particolare dall'amministrazione aggiudicatrice, pur potendo essa stessa esaminare tali informazioni e tenerne conto. È compito di tale organo decidere in che misura e secondo quali modalità occorra garantire la riservatezza e il segreto di tali informazioni, per le esigenze di tutela giudica effettiva e dei diritti di difesa delle parti nella controversia e, in caso di ricorso giurisdizionale o di un ricorso presso un organo che è una giurisdizione ai sensi dell'art. 234 CE, in modo che il procedimento rispetti, nel suo complesso, il diritto ad un equo processo».*