

L'accesso agli atti delle procedure di acquisto, tra tutela della trasparenza e salvaguardia dei segreti commerciali: il caso delle forniture di vaccini anti Covid*

[Tribunale dell'Unione europea del 17 luglio 2024 (causa T-689/21)]

Mauro Renna** e Calogero Micciché***

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La disciplina sulla trasparenza amministrativa applicabile all'amministrazione europea. – 3. L'accesso agli atti compiuto dagli europarlamentari e il provvedimento della Commissione impugnato innanzi al Tribunale – 4. I presupposti per una legittima limitazione del diritto di accesso agli atti. – 5. Il caso particolare degli atti negoziali: un parallelismo necessario con l'accesso agli atti delle procedure di gara. – 6. Conclusioni.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. Il contributo è frutto delle comuni riflessioni degli Autori, ma si deve a Mauro Renna l'elaborazione del paragrafo 1, a Calogero Micciché quella dei paragrafi da 2 a 6.

** Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, mauro.renna@unicatt.it.

*** Ricercatore di Diritto amministrativo presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Piacenza, calogero.micciche@unicatt.it.

1. Premessa

Con sentenza del 17 luglio 2024 la quinta sezione del Tribunale dell'Unione europea ha definito il ricorso presentato nel 2021 (causa T-689/21) da alcune parlamentari europee per ottenere, ai sensi dell'art. 263 TFUE, l'annullamento del provvedimento con cui la Commissione aveva negato l'accesso integrale «agli accordi preliminari di acquisto e ai contratti di acquisto conclusi tra la Commissione e le imprese farmaceutiche interessate per la fornitura di vaccini contro la COVID-19». Secondo la valutazione allora compiuta dagli organi dell'amministrazione unionale, una parte delle informazioni contenute in quei documenti non sarebbero state ostensibili, neppure agli europarlamentari, stante l'esigenza di preservare gli interessi commerciali nonché la vita privata e l'integrità delle imprese coinvolte nelle forniture dei vaccini. Da qui la decisione contestata di consentire un accesso solo parziale ai documenti richiesti.

La sentenza è interessante perché permette di guardare alla nota tematica dell'accessibilità agli atti amministrativi direttamente dalla prospettiva dell'amministrazione europea e delle sue regole d'azione, chiarendo i criteri che dovrebbero essere seguiti per bilanciare correttamente l'interesse collettivo alla trasparenza con le opposte esigenze alla riservatezza. Criteri utili, evidentemente, anche per la gestione degli analoghi problemi che sorgono in ambito nazionale.

D'altra parte, a rendere interessante il caso deciso dal giudice europeo sono pure le sue specificità, stretto com'è tra il ruolo istituzionale delle richiedenti e le peculiari esigenze di riservatezza che caratterizzano il macro-settore delle commesse pubbliche e le informazioni industriali e commerciali che animano la concorrenza economica. Una riservatezza che non è sempre agevole tutelare, specie quando dalla conoscibilità di certi documenti dipende la stessa possibilità di agire a tutela di altre posizioni giuridiche. Ciò è tanto vero che il Consiglio di Stato ha recentemente rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione una questione relativa proprio al rapporto tra accesso difensivo e tutela del segreto commerciale¹. Una questione delicata per la cui soluzione le regole enunciate dalla sentenza in commento potrebbero tornare utili.

2. La disciplina sulla trasparenza amministrativa applicabile all'amministrazione europea

Come per l'amministrazione nazionale, anche in campo europeo l'accessibilità alla documentazione amministrativa è un fatto relativamente recente che è andato evolvendosi tenendo di assicurare un bilanciamento tra la piena accessibilità alle informazioni riguardanti

¹ Cons. St, Sez. V, ord. 15 ottobre 2024, n. 8278.

l'esercizio di funzioni pubbliche e la tutela degli opposti interessi che invocano riservatezza. Per tale ragione, guardare alle similitudini tra i due ordinamenti può essere utile per comprendere meglio il senso della pronuncia.

Al riguardo il legislatore italiano ha disciplinato per la prima volta l'accessibilità ai documenti amministrativi con la legge n. 241 del 1990². Quell'apertura ha consentito negli anni seguenti di trasformare gradualmente il rapporto amministrativo, permettendo ai cittadini di partecipare in modo consapevole all'esercizio delle plurime funzioni pubbliche (cfr. art. 22, co. 2), accrescendo conseguentemente il grado di democraticità dell'attività esecutiva³. Tuttavia, nonostante il rilievo finanche costituzionale degli obiettivi perseguiti, l'accessibilità non è mai stata una prerogativa tirannica⁴. Perfino in campo ambientale, dove pure l'accessibilità ha potuto essere garantita con maggior vigore in forza degli impegni assunti con la stipula della convenzione internazionale di Aarhus, si è sentito il bisogno di definire ipotesi in cui la riservatezza deve prevalere sulla conoscibilità di certi dati, come nel caso «delle informazioni commerciali o industriali» (cfr. art. 5 del d.lgs. 19 agosto 2005 n. 195, attuazione della direttiva 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale). Lo stesso è avvenuto più di recente quando il legislatore, con il d.lgs. n. 97/2016, mentre

² Prima di allora l'accessibilità alla documentazione amministrativa, specie se procedimentale, non era certo la regola visto che l'art. 15 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 (T.U. delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato) prevedeva che di norma [l']impiegato deve mantenere il segreto d'ufficio e non può dare a chi non ne abbia diritto, anche se non si tratti di atti segreti, informazioni o comunicazioni relative a provvedimenti od operazioni amministrative di qualsiasi natura ed a notizie delle quali sia venuto a conoscenza a causa del suo ufficio, quando possa derivarne danno per l'Amministrazione o per i terzi. Nell'ambito delle proprie attribuzioni, l'impiegato preposto ad un ufficio rilascia, a chi ne abbia interesse, copie ed estratti di atti e documenti di ufficio nei casi non vietati dalle leggi, dai regolamenti o dal capo del servizio». Sul tema si vedano, *ex plurimis* G. MAROTTA, *Ordinamento sanitario e diritto di accesso: analisi della giurisprudenza amministrativa*, in *questa Rivista*, 2021, n. 3; M. LIPARI, *Il diritto di accesso e la sua frammentazione dalla legge n. 241/1990 all'accesso civico: il problema delle esclusioni e delle limitazioni oggettive*, in *Federalismi.it*, 2019; A. SIMONATI, M. CALABRÒ, *L'accesso dei privati alle informazioni e agli atti amministrativi: la multi-forme applicazione del principio di trasparenza*, in F. ASTONE, M. CALDARERA, F. MANGANARO, F. SAITTA, N. SAITTA, A. TIGANO (a cura di), *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, Napoli, 2017, p. 2513; M.A. SANDULLI, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi: l'attualità di un istituto a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990*, in C. COLAPIETRO, (a cura di), *Il diritto di accesso e la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990*, Napoli, 2012, p. 39; Id. *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. Dir.*, Agg. IV, 2000; M. RENNA, S. VACCARI, *Dalla "vecchia" trasparenza amministrativa al c.d. open government*, in *Giustamm.it*, 2019; F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Studi in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2012; C.E. GALLO, S. FOÀ, *Accesso agli atti amministrativi*, in *Dig. disc. Pubbl. Agg.*, IV, Torino, 2000; G. ARENA (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, 1991.

³ F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in Id. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008; per quanto concerne le trasformazioni che il principio partecipativo ha innestato nell'ordinamento sia consentito rinviare a C. MICCICHÉ, *L'autotutela necessaria e i poteri sostitutivi su iniziativa degli interessati: tra partecipazione e organizzazione*, in *Federalismi.it*, 2022.

⁴ Cfr. E. CARLONI, M. FALCONE, *L'equilibrio necessario. Principi e modelli di bilanciamento tra trasparenza e privacy*, in *Dir. pubbl.*, 2017, p. 723; A. SIMONATI, *L'accesso amministrativo e la tutela della riservatezza*, Trento, 2002; S. TARULLO, *Diritto di accesso ai documenti amministrativi e diritto alla riservatezza: un difficile rapporto*, in *Jus*, 1996, p. 209; M. CLARICH, *Diritto d'accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, p. 430; G. ABBAMONTE, *La funzione amministrativa tra riservatezza e trasparenza. Introduzione al tema*, in Aa.Vv., *L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza. Atti del XXXV Convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione*, Milano, 1991.

ha esteso a “chiunque” il diritto di accedere alla documentazione amministrativa «[a]llo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico» (cfr. adesso art. 5, co. 2, del d.lgs. 33/2013), ha comunque confermato l'esistenza di interessi pubblici e privati ugualmente meritevoli di tutela e, tra questi, ancora una volta «gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali» (art. 5-*bis*, co.2, lett. c)⁵. Scelte che hanno trovato ulteriori conferme pure nella disciplina sui contratti pubblici, la quale tutela espressamente la riservatezza dei documenti recanti informazioni commerciali⁶.

Ebbene, come si è anticipato, lo stesso processo evolutivo ha interessato la documentazione detenuta dall'amministrazione eurolunitaria la quale, essendo sorta come una peculiare organizzazione internazionale, in origine ha operato secondo logiche di riservatezza perfino più stringenti di quelle nazionali, essendo ispirate più al diritto diplomatico che a quello amministrativo generale⁷. Non a caso le cose hanno iniziato a mutare quando il processo di integrazione europea ha portato alla creazione dell'Unione e, con essa, al riconoscimento della cittadinanza europea. In tal senso già il Trattato di Maastricht (1992) con la Dichiarazione 17 «sul diritto di accesso all'informazione» ha esplicitato l'opinione che «la trasparenza del processo decisionale rafforz[a] il carattere democratico delle istituzioni, nonché la fiducia del pubblico nei confronti dell'amministrazione [...]». L'accessibilità agli atti delle istituzioni europee è stata pertanto considerata fin dal principio uno strumento necessario per assicurare e accrescere la democraticità delle istituzioni e, con essa, la loro legittimazione⁸.

Cionondimeno il principio di accessibilità anche in sede europea è stato immediatamente bilanciato dalla previsione di specifiche limitazioni, confermando che la trasparenza non è un valore assoluto⁹ e talvolta può risultare recessiva. Al riguardo, il Codice di condotta

⁵ Tale estensione del diritto di accesso alla documentazione amministrativa è usualmente descritta come introduzione nell'ordinamento nazionale del c.d. *Freedom of Information Act* vigente negli USA sin dal 1969. Un ruolo determinante pare riconoscibile, però, alla sperimentazione fruttante sollecitata dalla precedente disciplina sull'accesso ambientale nonché all'influsso esercitato sulla disciplina europea dalla legislazione di alcuni Stati, tra cui in particolare il Regno di Svezia, ove il diritto di accesso è disciplinato sin dal XVIII Secolo ed è oggi costituzionalizzato.

⁶ Al riguardo si veda più diffusamente il paragrafo 5.

⁷ Sul tema v. C. TOMMASI, *Il diritto di accesso ai documenti dell'Unione europea: tra partecipazione e controllo diffuso*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2019, n. 6, p. 839.

⁸ In tal senso v. CGUE., sent. 21 luglio 2011, C-506/08, Regno di Svezia vs. My Travel Group plc e Commissione europea, § 113. In dottrina D.U. GALETTA, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, pp. 1019 ss.; G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2013, pp. 114 ss.; A.G. OROFINO, *Profili giuridici della trasparenza amministrativa*, Bari, 2013, spec. pp. 58 ss.

⁹ Sul punto si veda adesso l'art. 15 del TFUE ai sensi del quale «1. Al fine di promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione operano nel modo più trasparente possibile. [...] 3. Qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, a prescindere dal loro supporto, secondo i principi e alle condizioni da definire a norma del presente paragrafo. I principi generali

relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Consiglio e della Commissione, approvato poco dopo l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht (cfr. Decisione 93/730/CE), oltre a chiarire che «[il] pubblico avrà il più ampio accesso possibile ai documenti di cui dispongono la Commissione e il Consiglio» ha precisato le «eccezioni» a tale regola, prevedendo che le istituzioni avrebbero dovuto negare «l'accesso a qualsiasi documento la cui divulgazione possa pregiudicare» alcuni specifici interessi pubblici e privati, tra cui anche «la protezione dei singoli e della vita privata» e «la protezione del segreto commerciale e industriale»¹⁰. Tale necessità di un contemperamento degli opposti interessi, dopo che il diritto di accesso è stato formalmente sancito con il Trattato di Amsterdam del 1997 (art. 255 TUE)¹¹ e con la Carta di Nizza (art. 42)¹², ha trovato una puntuale disciplina con il Regolamento n. 1049 del 2001, ancora vigente e che ha rappresentato la base giuridica della sentenza in commento¹³.

In particolare, il Regolamento del 2001 disciplina l'«accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione»¹⁴ individuando, tra l'altro, i soggetti legittimati all'accesso (art. 2), la documentazione accessibile (art. 3) e quella che in via eccezionale può essere sottratta all'accesso (art. 4). A questo riguardo il Regolamento disciplina eccezioni legate sia a interessi pubblici sia a interessi privati garantendo comunque la conoscibilità degli atti in presenza di «un interesse pubblico prevalente alla divulgazione». Il Regolamento, inoltre, disciplina i rimedi ammessi in caso di diniego, totale o parziale, prevedendo tanto la possibilità di chiedere un riesame in autotutela della domanda (c.d. «domanda di conferma», ex art. 7, co. 2) quanto quella di contestare la legittimità degli atti finali agendo dinanzi alla Corte di Giustizia o al mediatore nominato dal Parlamento ai sensi dell'art. 195 del Trattato CE (art. 8).

e le limitazioni a tutela di interessi pubblici o privati applicabili al diritto di accesso ai documenti sono stabiliti mediante regolamenti dal Parlamento europeo e dal Consiglio, che deliberano secondo la procedura legislativa ordinaria».

¹⁰ A questo atto hanno poi fatto seguito con similari previsioni regolatorie la Decisione del Consiglio 93/731/CE e la Decisione della Commissione n. 94/90/CE.

¹¹ «1. Qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, secondo i principi e alle condizioni da definire a norma dei paragrafi 2 e 3.

2. I principi generali e le limitazioni a tutela di interessi pubblici o privati applicabili al diritto di accesso ai documenti sono stabiliti dal Consiglio, che delibera secondo la procedura di cui all'articolo 251 entro due anni dall'entrata in vigore del trattato di Amsterdam.

3. Ciascuna delle suddette istituzioni definisce nel proprio regolamento interno disposizioni specifiche riguardanti l'accesso ai propri documenti».

¹² Art. 42 - Diritto d'accesso ai documenti - «Qualsiasi cittadino dell'Unione o qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione».

¹³ Sul punto, anche per gli ulteriori richiami, v. M. MATTALIA, *Verso un diritto amministrativo europeo sul diritto di accesso ai documenti delle istituzioni dell'Unione europea*, in *Dir. amm.*, 2023, n. 1, p. 621.

¹⁴ Regolamento del Parlamento e del Consiglio adottato ai sensi dell'art. 255, co. 2, del Trattato istitutivo della Comunità (oggi art. 15 TFUE), ai sensi del quale «I principi generali e le limitazioni a tutela di interessi pubblici o privati applicabili al diritto di accesso ai documenti sono stabiliti dal Consiglio, che delibera secondo la procedura di cui all'articolo 251 entro due anni dall'entrata in vigore del trattato di Amsterdam».

Come la legislazione nazionale¹⁵, il Regolamento europeo non riconosce speciali prerogative agli europarlamentari, il cui potere di accesso è equiparato a quello di ogni cittadino dell'Unione. Non a caso, perfino il regolamento con il quale il Parlamento europeo disciplina al suo interno l'accesso agli atti, mentre riconosce agli europarlamentari il diritto «di prendere visione di tutti i documenti in possesso del Parlamento o di una commissione» (art. 5), richiama l'applicabilità del Regolamento n. 1049/2001 per l'individuazione delle ipotesi in cui è possibile negare l'accesso, ferma la possibilità di trattare informazioni e documenti classificati secondo le particolari precauzioni disciplinate dall'art. 227¹⁶.

3. L'accesso agli atti compiuto dagli europarlamentari e il provvedimento della Commissione impugnato innanzi al Tribunale

Ricostruito il quadro normativo entro il quale si colloca la vicenda decisa dal Tribunale dell'Unione è possibile comprendere meglio le specificità del caso e il *decisum* della sentenza.

Gli atti richiesti riguardavano tutti acquisti di vaccini operati dalla Commissione durante le fasi più critiche dell'emergenza pandemica¹⁷. Allora, nel tentativo di rintracciare celermente prodotti utili a salvaguardare la salute dei cittadini, gli Stati hanno attivato i meccanismi di protezione solidale dell'art. 122 del TFUE. In particolare, con il regolamento del Consiglio 2020/521 del 14 aprile 2020, gli Stati dell'Unione hanno affidato alla Commissione vari poteri, tra cui quello di agire sul mercato mondiale come committente unico¹⁸ e quello

¹⁵ Sul piano nazionale non si ravvisano disposizioni normative che attribuiscono ai parlamentari poteri di accesso alla documentazione amministrativa ulteriori a quelli previsti dalla disciplina generale. Al riguardo nulla è previsto neppure dai regolamenti sull'accesso parlamentare approvati dal Senato della Repubblica e dalla Camera dei Deputati, i quali contengono disposizioni che solo adattano alle particolari esigenze dell'autodichia parlamentare le regole introdotte dall'ordinaria legislazione. D'altra parte è pur vero che i parlamentari beneficiano di altri e specifici poteri acquisitivi, esercitabili tramite le commissioni di inchiesta previste dall'art. 82 Cost. e attraverso le ulteriori ipotesi di sindacato ispettivo parlamentare (interrogazioni, interpellanze, richieste di informative urgenti) disciplinate.

Diversamente maggiori poteri di accesso documentale sono previsti in favore dei consiglieri comunali e provinciali ex art. 43 del d.lgs. n. 267 del 2000.

¹⁶ Regolamento del Parlamento (10ª legislatura) - Art. 227, co. 4: «[...] I documenti sono distribuiti all'inizio della riunione e raccolti al termine di quest'ultima. Essi sono numerati. Non si possono prendere appunti né fare fotocopie. Il processo verbale della riunione non fornisce alcun dettaglio dell'esame del punto trattato secondo la procedura confidenziale. Soltanto la decisione, qualora venga presa, può figurare nel processo verbale».

¹⁷ Si rammenta che risale al 30 gennaio 2020 la dichiarazione di emergenza internazionale di salute pubblica disposta dal Direttore Generale dell'OMS.

¹⁸ Cfr. Regolamento 2020/521, art. 4, co. 5: «Il sostegno di emergenza a norma del presente regolamento può essere concesso in una delle forme seguenti: a) appalti congiunti con gli Stati membri di cui all'articolo 165, paragrafo 2, del regolamento (UE, Euratom) 2018/1046, in base ai quali gli Stati membri possono acquistare, affittare o noleggiare integralmente le capacità acquistate congiuntamente; b) procedura d'appalto indetta dalla Commissione per conto degli Stati membri sulla base di un accordo tra la Commissione e gli Stati membri; c) procedura d'appalto indetta dalla Commissione che acquista all'ingrosso e procede allo stoccaggio, alla rivendita o alla donazione di forniture e servizi,

di sostenere finanziariamente azioni volte, tra l'altro, a sviluppare, produrre, acquistare e distribuire prodotti sanitari nonché a sostenerne le procedure prodromiche al rilascio delle autorizzazioni per l'uso.

Nel dare attuazione a tali funzioni emergenziali la Commissione ha preso contatti con le industrie farmaceutiche allora impegnate nella ricerca, negoziando l'acquisto dei vaccini che sarebbero stati prodotti. La Commissione, insomma, ha acquistato dei beni non ancora esistenti e ne ha negoziato quantitativi, prezzi e tempistiche di consegna accollando in capo all'erario pubblico pure una parte del rischio incombente sulle case farmaceutiche «in cambio della garanzia per gli Stati membri di un accesso equo e ad un prezzo abbordabile al vaccino, una volta disponibile» (§4 della sentenza). Ciò è stato fatto anche allo scopo di sostenere finanziariamente le fasi di ricerca e sviluppo dei prodotti, mettendo subito a disposizione delle imprese private circa 2,7 miliardi di Euro.

Nonostante la notizia della sottoscrizione degli ordini di acquisto sia stata comunicata ai cittadini, varie clausole contrattuali sono state tenute riservate e tra queste quelle relative a: (i) certe definizioni contrattuali (ad esempio di concetti come «dolo» od «ogni ragionevole sforzo»); (ii) calendari delle consegne e degli audit; (iii) spese riguardanti gli studi sulla sicurezza dopo il lancio e la gestione dei rischi; (iv) donazioni e alle rivendite dei vaccini; (v) ubicazione dei siti di produzione; (vi) diritti di proprietà intellettuale; (vii) acconti e ai pagamenti anticipati; (viii) regime di responsabilità; (ix) previsione di un indennizzo pubblico in caso di danni provocati ai pazienti da vaccini difettosi.

È, dunque, a fronte di questa mancata *disclosure* sull'intero contenuto degli accordi che le sei eurodeputate hanno presentato l'istanza di accesso ai negozi stipulati e stipulandi dalla Commissione di cui si è detto in premessa. Tale istanza è stata redatta ai sensi dell'art. 6 del Regolamento n. 1049/2001, sul presupposto che le richiedenti – e più in generale i cittadini¹⁹ – avessero il diritto di conoscere pienamente i termini dei contratti conclusi, trattandosi di acquisti operati da soggetti pubblici ed essendosi usate relevantissime risorse pubbliche perfino per finanziare la ricerca e lo sviluppo di prodotti che, comunque, sarebbero stati coperti da privative industriali. Inoltre, secondo la tesi delle richiedenti, l'accesso

compresi i noleggi, agli Stati membri o alle organizzazioni partner selezionate dalla Commissione». Interessante anche il considerando n. 15: «In situazioni di emergenza le amministrazioni aggiudicatrici degli Stati membri incontrano notevoli difficoltà giuridiche e pratiche nell'acquisto di forniture o servizi. Per consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di trarre il massimo vantaggio dal potenziale del mercato interno in termini di economie di scala e di condivisione dei rischi e dei benefici, è della massima importanza ampliare le possibilità per la Commissione di acquistare forniture o servizi per conto di Stati membri. La Commissione dovrebbe avere la facoltà di espletare le procedure di appalto pertinenti. Se un'amministrazione aggiudicatrice di uno Stato membro gestisce alcune parti della procedura di appalto, per esempio la riapertura delle gare nell'ambito di un accordo quadro o l'aggiudicazione di singoli appalti in base a un sistema dinamico di acquisto, la stessa amministrazione sarebbe responsabile delle fasi che gestisce».

¹⁹ Cfr. art. 2, commi 1 e 2, del Regolamento n. 1049/2001: «Qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha un diritto d'accesso ai documenti delle istituzioni, secondo i principi, le condizioni e le limitazioni definite nel presente regolamento. 2. Secondo gli stessi principi, condizioni e limitazioni le istituzioni possono concedere l'accesso ai documenti a qualsiasi persona fisica o giuridica che non risieda o non abbia la sede sociale in uno Stato membro [...]».

avrebbe consentito di acquisire informazioni sulla sicurezza dei prodotti in questione utili a cittadini per assumere scelte vaccinali più consapevoli²⁰. Da qui l'esistenza, secondo la tesi delle ricorrenti, di un interesse pubblico alla trasparenza senz'altro prevalente²¹.

L'istruttoria sulla domanda di accesso è stata compiuta dalla Direzione Generale della Salute e della Sicurezza alimentare della Commissione consentendo alle imprese farmaceutiche controinteressate di dire la propria in ordine all'applicabilità di una delle eccezioni alla divulgabilità previste dall'art. 4 del Regolamento²². In esito a tali verifiche l'amministrazione ha deciso di consentire solo un accesso parziale alla documentazione «sulla base delle eccezioni relative alla tutela della vita privata e dell'integrità dell'individuo, alla tutela degli interessi commerciali e alla tutela del processo decisionale delle istituzioni previste, rispettivamente, all'articolo 4, paragrafo 1, lettera b), all'articolo 4, paragrafo 2, primo trattino, e all'articolo 4, paragrafo 3, primo comma, del regolamento n. 1049/2001». Ne è seguita l'istanza di autotutela delle parlamentari e poi il provvedimento impugnato²³ che ha confermato l'oscuramento di alcune informazioni.

4. I presupposti per una legittima limitazione del diritto di accesso agli atti

Con la sentenza in commento il Tribunale ha ritenuto il ricorso solo in parte fondato, confermando per il resto la scelta dell'amministrazione. I profili che appaiono di interesse sono plurimi e attengono, in parte, alla tutela processuale del diritto di accesso agli atti, in altra parte, alla questione sostanziale della fornitura di vaccini.

²⁰ Non a caso con il quinto motivo di ricorso le attrici hanno dedotto la sussistenza di un interesse pubblico prevalente alla divulgazione integrale dei contratti argomentando a proposito della necessità «di instaurare la fiducia del pubblico nel ruolo svolto dalla Commissione riguardo all'aggiudicazione congiunta di appalti per l'acquisto dei vaccini contro la COVID-19 e all'utilizzo di fondi pubblici a tal riguardo, nonché al fine di instaurare la fiducia del pubblico nei vaccini stessi, e ciò al fine di lottare contro un fenomeno di reticenza vaccinale e la disinformazione». Al riguardo essi hanno pure evidenziato che «esisterebbe un nesso tra il fenomeno della reticenza vaccinale e la diffidenza del pubblico nelle istituzioni e la mancata divulgazione di talune informazioni contenute nei contratti in questione, vale a dire la struttura dei costi della produzione dei diversi vaccini, i prezzi, i luoghi di produzione, gli accordi in materia di proprietà intellettuale, le clausole relative alla responsabilità e all'indennizzo e le clausole relative all'accesso al vaccino» (§§ 205 e 206).

²¹ Sul punto il Tribunale ha obiettato che «[s]petta tuttavia al richiedente dedurre concretamente le circostanze su cui si fonda l'interesse pubblico prevalente che giustifica la divulgazione dei documenti in questione (v. sentenze del 14 novembre 2013, LPN e Finlande/Commissione, C514/11 P e C605/11 P, EU:C:2013:738, punto 94 e giurisprudenza ivi citata, e del 16 luglio 2015, ClientEarth/Commissione, C612/13 P, EU:C:2015:486, punto 90 e giurisprudenza ivi citata). Infatti, spetta a coloro che sostengono l'esistenza di un interesse pubblico prevalente ai sensi dell'ultima parte di frase dell'articolo 4, paragrafo 2, del regolamento n. 1049/2001 dimostrarlo (sentenza del 25 settembre 2014, Spirlea/Commissione, T306/12, EU:T:2014:816, punto 97)».

²² Cfr. Regolamento n. 1049/2001, art. 4, co. 5: «Per quanto concerne i documenti di terzi, l'istituzione consulta il terzo al fine di valutare se sia applicabile una delle eccezioni di cui ai paragrafi 1 o 2, a meno che non sia chiaro che il documento può o non deve essere divulgato».

²³ Per una ricostruzione del sistema di tutela giurisdizionale contro gli atti delle istituzioni europee si veda L. DE LUCIA, B. MARCHETTI, *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015, pp. 209 ss.

In tal senso è interessante notare come, nonostante i contratti riguardassero una fornitura che in quel momento incideva sulla sicurezza sanitaria dell'Unione, sui suoi rapporti internazionali e finanche sulla sua politica economica (considerati gli enormi costi diretti e indiretti generali dalla pandemia), il diniego parziale alla divulgazione non è stato opposto per ragioni pubbliche, ai sensi del primo comma, lett. a) dell'art. 4. Diversamente il diniego parziale riposa, come si è detto, sulla volontà di preservare interessi privati ai sensi dell'art. 4, primo comma, lett. b) del Regolamento (vita privata e integrità dell'individuo) e del secondo comma, primo alinea (che tutela gli interessi commerciali degli operatori), con conseguente disconoscimento dell'esistenza di un prevalente interesse pubblico alla conoscibilità. Vero è che gli accordi in questione non sono stati raggiunti seguendo procedure segrete o accompagnate da speciali misure di sicurezza, come avviene ad esempio nel caso degli acquisiti relativi alla difesa. Il mancato ricorso a procedure di evidenza pubblica, infatti, è imputabile piuttosto alla particolarissima situazione in cui si è operato e che ha giustificato il ricorso alle procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara, secondo le previsioni del considerando 50 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici²⁴. D'altra parte, neppure si è trattato di contratti gemelli, visto che ogni accordo è stato oggetto di una specifica negoziazione che è rimasta riservata, ora nell'interesse dei produttori ora della stessa amministrazione.

La validità o meno del diniego di accesso passa dall'esistenza di un pregiudizio qualificato. Sul punto l'art. 4 del Regolamento è chiaro, stabilendo che l'amministrazione europea può rifiutare l'accesso (solo) quando la «divulgazione arrechi pregiudizio alla tutela» di specifici interessi. Vero è che la norma né precisa l'intensità del pregiudizio né dettaglia cosa si intenda, per esempio, con la formula «interessi commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresa la proprietà intellettuale» o con le altre usate per definire le eccezioni al diritto di accesso (cfr. § 31). Tuttavia è proprio questa voluta genericità che connota di discrezionalità il potere di diniego affidato all'amministrazione²⁵, con tutto ciò che questo implica rispetto al potere di verifica assegnato al giudice.

²⁴ «Tenuto conto degli effetti pregiudizievoli sulla concorrenza, le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara dovrebbero essere utilizzate soltanto in circostanze del tutto eccezionali. L'eccezionalità dovrebbe essere circoscritta ai casi nei quali la pubblicazione non sia possibile per cause di estrema urgenza dovute a eventi imprevedibili e non imputabili all'amministrazione aggiudicatrice, o se è chiaro fin dall'inizio che la pubblicazione non genererebbe maggiore competitività ovvero migliori risultati dell'appalto, non da ultimo perché un solo operatore economico è oggettivamente in grado di eseguire l'appalto [...]».

²⁵ Secondo la sentenza in commento spetta all'istituzione europea che detiene i documenti richiesti attuare la disciplina sull'accesso agli atti. Di tale attuazione e della correlata applicazione l'amministrazione è responsabile «e ad essa spetta altresì difendere dinanzi al giudice dell'Unione o al Mediatore europeo la validità della decisione che rifiuta l'accesso ai documenti provenienti da un terzo. Se, nel caso di documenti provenienti da terzi, l'istituzione dovesse automaticamente conformarsi alla motivazione presentata dal terzo interessato, essa si vedrebbe costretta a difendere nei confronti della persona che ha formulato la domanda d'accesso e, se del caso, dinanzi a dette istanze di controllo, posizioni che essa stessa non considera difendibili (v., in tal senso, sentenza del 14 febbraio 2012, Germania/Commissione, T59/09, EU:T:2012:75, punto 47)».

In tal senso occorre considerare che il pregiudizio che la disciplina in commento mira a neutralizzare, pur potendo essere non grave, comunque deve essere «ragionevolmente prevedibile» (§ 31) e non ipotetico, dunque fondato su fattori di rischio effettivi, dimostrati nella loro potenzialità e non solo allegati in modo generico²⁶. Proprio questo bisogno di concretezza²⁷, derivante dalla natura sostanzialmente precauzionale del diniego all'accesso, ha l'effetto di limitare il novero delle informazioni escludibili. Esse sono soltanto quelle che hanno un «valore» diretto o indiretto per gli interessi commerciali del soggetto tutelato, come nel caso delle informazioni coperte da proprietà intellettuale o per quelle che attengono alle strategie commerciali, agli importi delle vendite, alle quote di mercato e, più in generale, a ogni informazione che altri potrebbero usare a proprio vantaggio arricchendo immediatamente se stessi o danneggiando il concorrente²⁸. Non sarebbe legittimo, perciò, un diniego opposto per salvaguardare informazioni già note o inutilizzabili, giacché allora non sarebbe enucleabile alcun pregiudizio e si finirebbe per vanificare inutilmente «l'applicazione del principio generale che consiste nel conferire al pubblico il più ampio accesso possibile ai documenti detenuti dalle istituzioni»²⁹.

A fronte di un potere di diniego che presenta significativi margini di discrezionalità, la legittimità degli atti che negano l'accesso trova nella motivazione un fattore determinante di legalità. La sentenza in commento sul punto si sofferma diffusamente. In ossequio a quanto è disposto dall'art. 296, co. 2, TFUE, la validità degli atti di diniego riposa sull'esistenza di una motivazione capace di raggiungere lo scopo, ossia di una spiegazione che chiarisca davvero le ragioni che sorreggono la scelta dell'amministrazione. La motivazione, quindi, non è un requisito formale dell'atto ma accede alla sua sostanza³⁰. Essa deve essere chia-

²⁶ Al riguardo la sentenza ha evidenziato che «l'istituzione interessata è tenuta a fornire spiegazioni sulle modalità in cui l'accesso a tale documento potrebbe arrecare concretamente ed effettivamente pregiudizio agli interessi commerciali e a dimostrare che tale rischio di pregiudizio è ragionevolmente prevedibile e non puramente ipotetico (v., in tal senso, sentenze del 3 luglio 2014, Consiglio/in't Veld, C350/12 P, EU:C:2014:2039, punto 52 e giurisprudenza ivi citata, e del 27 febbraio 2018, CEE Bankwatch Network/Commissione, T307/16, EU:T:2018:97, punti da 103 a 105 e giurisprudenza ivi citata)» (§ 31).

²⁷ La sentenza precisa che «l'esame al quale deve procedere l'istituzione per applicare un'eccezione deve essere effettuato in concreto e deve emergere dalla motivazione della decisione (v. sentenza del 30 gennaio 2008, Terezakis/Commissione, T380/04, non pubblicata, EU:T:2008:19, punto 86 e giurisprudenza citata)» (§ 32).

²⁸ Cfr. in tal senso Corte di giustizia (terza sezione), 28 giugno 2012, C-477/10 P, Commissione europea c. Agrofert Holding a.s. secondo cui «per poter giustificare il rifiuto di accesso a un documento, non basta, in linea di principio, che detto documento rientri in un'attività o in un interesse fra quelli menzionati all'articolo 4, paragrafo 2, del regolamento n. 1049/2001, dal momento che l'istituzione interessata deve anche spiegare come l'accesso a tale documento possa ledere concretamente ed effettivamente l'interesse tutelato da un'eccezione prevista in tale articolo. Tuttavia, detta istituzione può basarsi al riguardo su presunzioni di carattere generale che si applicano a determinate categorie di documenti, in quanto a domande di divulgazione riguardanti documenti della stessa natura possono applicarsi considerazioni di ordine generale analoghe (sentenza Commissione/Technische Glaswerke Ilmenau, cit., punti 53 e 54 nonché giurisprudenza ivi citata)» (§ 57).

²⁹ Così la sentenza in commento al § 33, dove rinvia a sentenza del 9 settembre 2014, MasterCard e a./Commissione, T516/11, non pubblicata, EU:T:2014:759, punto 81 e giurisprudenza ivi citata.

³⁰ Sul punto si consideri che secondo l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario del giudice amministrativo domestico «il difetto di motivazione nel provvedimento non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedurali o ai vizi di forma e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragiona-

ra ed esaustiva, nel senso che deve permettere di comprendere quali sono le ragioni di fatto e di diritto che sorreggono la decisione. Ne discende che il sindacato giurisdizionale sull'impianto motivazionale degli atti sarà duplice, dovendo verificare, in prima battuta, se una motivazione esiste ed è logicamente fondata e, in seconda battuta, se la decisione raggiunta risulta ragionevole rispetto allo scopo normativamente perseguito.

A tal proposito la sentenza ha precisato che l'adeguatezza della motivazione deve essere valutata con riguardo al momento in cui il provvedimento viene adottato. Ciò rileva sotto un duplice profilo. Intanto perché la logica e la necessità dei provvedimenti dovranno essere verificate ora per allora, senza che le sopravvenienze possano incidere in un senso o nell'altro. In secondo luogo rileva perché l'onere motivazionale dovrà essere stato assolto validamente sin dall'inizio, senza alcuna possibilità di sanare eventuali invalidità attraverso gli atti processuali. In particolare, la sentenza ha confermato che pure in sede europea la motivazione delle scelte assunte deve potersi ricavare dall'atto o, tutt'al più, deve poter essere inferita (per *relationem*) dalle spiegazioni che vi sono contenute (§44), sicché sono illegittime le integrazioni postume dei provvedimenti³¹. Ciò in quanto «il giudice dell'Unione non è tenuto a prendere in considerazione spiegazioni supplementari fornite solo nel corso del procedimento dall'autore dell'atto in questione al fine di valutare l'osservanza dell'obbligo di motivazione, altrimenti la ripartizione delle competenze tra l'amministrazione e il giudice dell'Unione sarebbe pregiudicata e il controllo di legittimità dei provvedimenti amministrativi sarebbe indebolito (v. sentenza del 6 luglio 2023, BEI e Commissione/ClientEarth, C212/21 P e C223/21 P, EU:C:2023:546, punto 43 e giurisprudenza ivi citata)»³². Tutto ciò in linea con quanto è adesso pure accolto dal diritto interno, dove la giurisprudenza ha chiarito che «l'integrazione giudiziale della motivazione di un provvedimento amministrativo è sempre esclusa [...]. È, infatti, inammissibile un'integrazione postuma effettuata in sede di giudizio, mediante atti processuali, o comunque scritti difensivi» (Cons. St., Sez. V, 30 settembre 2024, n. 7856)³³. Se la soluzione al problema

mento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti» (*ex plurimis*, Consiglio di Stato, sezione terza, 7 aprile 2014, n. 1629; sezione sesta, 22 settembre 2014, n. 4770; sezione terza, 30 aprile 2014, n. 2247; sezione quinta, 27 marzo 2013, n. 1808).

³¹ Sulla pluralità di ipotesi riconducibili al fenomeno della c.d. motivazione successiva cfr. G. MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, p. 837; G. TACCOGNA, *Giusto processo amministrativo e integrazione della motivazione dell'atto impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 697; G. TROPEA, *La c.d. motivazione «successiva» tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 531.

³² Si veda anche sentenza dell'11 giugno 2020, Commissione/Di Bernardo, C-114/19 P, EU:C:2020:457, punto 58.

³³ La citata sentenza prosegue evidenziando che «[p]er l'inammissibilità della motivazione postuma, sia attraverso gli scritti difensivi che attraverso la regola del raggiungimento dello scopo, in quanto in contrasto anche con le regole del giusto procedimento amministrativo come delineato dal diritto euro unitario (in particolare, l'art. 295 T.F.U.E., che richiede la motivazione per tutti gli atti delle istituzioni comunitarie, inclusi quelli normativi, e il diritto a una buona amministrazione di cui all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), appare orientata anche la giurisprudenza della Corte di giustizia, che qualifica la motivazione come "forma sostanziale" e motivo di ordine pubblico da sollevarsi d'ufficio (*ex plurimis*, C.G.U.E., Sez. VII, 11 aprile 2013, n. 652, C-652/11)». Sul tema si veda anche Cass. civ., S.U. ord. n. 25665 del 4 settembre 2023.

dell'integrazione postuma è identica, tuttavia, può segnalarsi che le motivazioni usate paiono parzialmente diverse quanto agli obiettivi perseguiti visto che la giurisprudenza unionale tende a ricondurre il divieto alla necessità di garantire la divisione dei poteri e l'efficacia del controllo giurisdizionale, mentre quella nazionale sembra interessata anche a salvaguardare le funzioni assolute dal procedimento amministrativo e, perciò, le prerogative partecipative dei cittadini³⁴.

D'altra parte, quanto precede ha riflessi significativi pure sulla disciplina processuale e, in particolare, sugli oneri probatori. Ciò in quanto mentre al giudice è consentito di rilevare anche d'ufficio la mancanza di una valida motivazione³⁵, qualora essa esista graverà sul ricorrente dimostrare la sua insufficienza oppure l'esistenza di un «interesse pubblico prevalente che giustifica la divulgazione dei documenti negati»³⁶, residuando sull'amministrazione l'onere di difendere la fondatezza della motivazione già elaborata senza sconfinare nell'introduzione di spiegazioni *ex novo*.

Venendo al merito della decisione in commento, le difese svolte dalle parti nel corso del giudizio hanno spinto il Tribunale dell'Unione europea ad accogliere il ricorso delle euro-deputate solo in parte. Nello specifico il giudice ha annullato la decisione impugnata per aver negato «l'accesso più ampio, in primo luogo, alle definizioni delle espressioni “dolo” [...] e “ogni ragionevole sforzo” [...], in secondo luogo, alle clausole relative alle donazioni e alle rivendite e, in terzo luogo, alle clausole relative all'indennizzo», ordinando all'amministrazione di adottare i provvedimenti conseguenti, in conformità all'articolo 266 TFUE. Per ciò che concerne l'oscuramento delle definizioni contrattuali e delle clausole su donazioni e rivendite, l'annullamento è stato disposto in ragione dell'accertata carenza motivazionale del diniego, visto che l'amministrazione non è riuscita a dimostrare (in sede procedimentale) come l'accesso alle predette clausole «avrebbe potuto arrecare concretamente ed effettivamente pregiudizio agli interessi commerciali delle imprese interessate» (§§ 46 e 186).

³⁴ Al riguardo si veda Cons. St., sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385, dove, con riguardo all'ipotesi dell'integrazione della motivazione tramite atto difensivo, si è rammentato che l'orientamento della giurisprudenza è stato sempre di segno negativo in quanto «senza una motivazione anteriore al giudizio, verrebbero frustrati gli apporti (oppositivi o collaborativi) del partecipante al procedimento, essendo la motivazione della decisione strettamente legata alle «risultanze dell'istruttoria»; non si potrebbe consentire all'amministrazione di modificare unilateralmente l'oggetto del giudizio rappresentato dall'atto originariamente adottato; si imporrebbe al privato di attivare la tutela giurisdizionale praticamente “al buio”, potendo questi conoscere le ragioni alla base della decisione soltanto nel corso del processo; ulteriore conferma, nel segno della inammissibilità, si traeva poi dall'art. 6, della legge 18 marzo 1968, n. 249, il quale non ammetteva la convalida nelle more del giudizio se non con riguardo ai vizi di incompetenza». Per un commento a questa sentenza si veda N. BERTI, *Autotutela conservativa, motivazione del provvedimento e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 180.

³⁵ Al riguardo cfr. CGUE, causa C-89/08 P, Commissione/Irlanda e a., del 2 dicembre 2009.

³⁶ Cfr. sentenze del 14 novembre 2013, LPN e Finlande/Commissione, C514/11 P e C605/11 P, EU:C:2013:738, punto 94 e giurisprudenza ivi citata, e del 16 luglio 2015, Client Earth/Commissione, C612/13 P, EU:C:2015:486, punto 90 e giurisprudenza ivi citata). Infatti, spetta a coloro che sostengono l'esistenza di un interesse pubblico prevalente ai sensi dell'ultima parte di frase dell'articolo 4, paragrafo 2, del regolamento n. 1049/2001 dimostrarlo (sentenza del 25 settembre 2014, Spirlea/Commissione, T306/12, EU:T:2014:816, punto 97).

Degno di qualche considerazione aggiuntiva, invece, è il *decisum* relativo alle clausole con cui si è disciplinata una sorta di copertura assicurativa a beneficio delle imprese produttrici che fossero condannate a pagare dei risarcimenti per effetti indesiderati dei vaccini (§ 136)³⁷. La sentenza, infatti, ha ritenuto infondata la tesi della Commissione secondo cui una conoscenza precisa di tali accordi sarebbe risultata pregiudizievole potendo sollecitare azioni pretestuose «al solo scopo di ricevere l'indennizzo» e perché avrebbe fornito ai concorrenti informazioni preziose e posto le premesse per danni reputazionali. Ebbene, a parere del giudice unionale, la previsione di un indennizzo a beneficio del produttore responsabile non avrebbe potuto generare i pregiudizi temuti, non essendo idonea a modificare il regime generale della responsabilità civile da prodotto difettoso³⁸, la quale presuppone un'azione giudiziaria e l'assolvimento dell'onere probatorio circa il danno, il difetto e la connessione causale tra difetto e danno³⁹. Invero, è solo nel caso in cui il danneggiato ottenga una sentenza di condanna che il produttore potrà far valere il suo diritto all'indennizzo pubblico, esercitando contro lo Stato una sorta di rivalsa se vi saranno i presupposti precisati dalle clausole contrattuali oscure. Da qui l'ordine di rendere accessibile l'informazione. D'altra parte l'indennizzo in questione non va confuso con quello previsto dalle legislazioni statali in caso di vaccinazioni obbligatorie o anche solo raccomandate⁴⁰. Il primo, infatti, è a beneficio dei produttori ed ha finalità assicurative, il secondo è rivolto direttamente a cittadini che abbiano a subire dalla vaccinazione delle menomazioni per ripagarle del sacrificio patito anche nell'interesse della collettività⁴¹.

³⁷ La sentenza osserva al par. 153 che il meccanismo indennitario disciplinato dagli accordi è stato descritto dalla comunicazione della stessa Commissione COM (2020) 245 final come una «polizza assicurativa», consistente nel trasferire una parte del rischio economico che gravava sull'industria farmaceutica verso le autorità pubbliche, in cambio della quale agli Stati membri era garantito di beneficiare di un accesso equo e a prezzi accessibili a un vaccino, qualora fosse stato trovato».

³⁸ Al riguardo la pronuncia ha evidenziato che la direttiva 85/374/CEE sulla responsabilità da prodotto difettoso (oggi frattanto abrogata e sostituita dalla direttiva 2024/2853 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2024), mentre non consente di limitare o escludere la responsabilità del produttore verso il danneggiato, non vieta che terzi rimborsino al produttore gli importi pagati a titolo di risarcimento. E d'altra parte il mercato assicurativo, anche della R.C. verso i terzi, è un settore florido e regolato.

³⁹ Cfr. l'art. 4 della direttiva 85/374/CEE nonché, adesso, l'art. 120 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (codice del consumo). Per un precedente relativo proprio ai danni da vaccino si veda CGUE, Sez. II, 21 giugno 2017, C-621/2015 e i commenti di A.M. PANCALLO, *Danni da vaccino: la Corte di Giustizia non esclude il nesso causale in presenza di indizi gravi, precisi e concordanti*, in G. ALPA, G. CONTE (a cura di), *Orientamenti della Corte di giustizia in materia di responsabilità civile*, Torino, 2018, p. 87; R. PUCCELLA, *Danno da vaccini, probabilità scientifica e prova per presunzioni*, in *Resp. civ. prev.*, VI, 2017, p. 1810; A.R. FUSARO, *Prodotti difettosi, danni da vaccino e onere della prova: la posizione della Corte di Giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, II, p. 349.

⁴⁰ Sul tema e sul rapporto con l'azione risarcitoria si vedano *ex plurimis* E. BELISARIO, *Divieto di cumulo fra equo indennizzo e risarcimento del danno*, in *Corr. Giur.*, 2018, IV, p. 523; R. BREDI, *Danno da vaccino tra indennizzo e risarcimento del danno*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2018, I, p. 291; R. PARDOLESI, *Assicurazione e responsabilità civile, risarcimento più indennizzo: troppa grazia? Modelli a confronto*, in *NGCC*, 2018, X, p. 1487; G. PONZANELLI, *L'indennizzo ex lege 210 dovuto anche in assenza di un obbligo a sottoporsi ad un trattamento sanitario*, in *Danno e resp.*, 2012, XI, p. 1069; A. QUERCI, *I danni da vaccinazioni, fra indennizzo e risarcimento*, in A. BELVEDERE, S. RIONDATO (a cura di), *Le responsabilità in medicina*, IV vol. del *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, p. 469.

⁴¹ Cfr. Legge 25 febbraio 1992, n. 210 (Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati) e in particolare il suo art. 1, co.

5. Il caso particolare degli atti negoziali: un parallelismo necessario con l'accesso agli atti delle procedure di gara

Le conclusioni raggiunte dal Tribunale sono interessanti anche perché paiono travalicare i confini della disciplina sull'accesso agli atti delle istituzioni europee, offrendo spunti utili per la gestione di altre vicende, comprese le procedure di gara. La direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, in tema di riservatezza, stabilisce all'art. 21, co. 1, che, salvo eccezioni, «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»⁴². Questa regola di carattere generale è stata precisata dalla legislazione nazionale sui contratti pubblici, ossia prima dall'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016 e adesso dall'art. 35 del d.lgs. n. 36/2023.

Il vigente codice dei contratti, in particolare, oggi disciplina modi e tempi per l'accesso agli atti di gara stabilendo che «il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione» possono essere esclusi «in relazione alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali, anche risultanti da scoperte, innovazioni, progetti tutelati da titoli di proprietà industriale, nonché di contenuto altamente tecnologico» (art. 35, co. 4, lett. a). In altri termini, data la regola della trasparenza, agli operatori economici è consentito di far valere delle ragioni di riservatezza, provando l'esistenza dei presupposti fissati dalla disposizione. La valutazione dell'istanza compete all'amministrazione e le sue determinazioni saranno impugnabili con il rito processuale accelerato disciplinato dall'art. 116 c.p.a., ora dall'impresa che ha chiesto di tener riservati certi documenti (in caso di rigetto), ora dalle altre concorrenti (in caso di accoglimento).

Come nel caso delle deroghe ammesse dal Regolamento n. 1049/2001, anche la disciplina sui contratti pubblici individua gli interessi meritevoli di riservatezza ricorrendo a formule ampie, senza definire con precisione cosa debba intendersi per segreto tecnico o commerciale. Questa mancanza di tassatività, se da un lato conferma la natura discrezionale dei poteri assegnati all'amministrazione, dall'altro lato non può certo tradursi in una generale dequotazione del principio della trasparenza. Ciò è tanto vero che la Corte di Giustizia

1-bis, ai sensi del quale «[l']indennizzo di cui al comma 1 spetta, alle condizioni e nei modi stabiliti dalla presente legge, anche a coloro che abbiano riportato lesioni o infermità, dalle quali sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica, a causa della vaccinazione anti SARS-CoV-2 raccomandata dall'autorità sanitaria italiana». Sulla natura dell'indennizzo, sulla sua indefettibilità e sul suo valore solidaristico si veda C. Cost., sent. n. 14/2023 e tra i plurimi commenti M. MASSA, *Dati scientifici e discrezionalità politica nella legislazione sugli obblighi vaccinali*, in *Corti Supreme e Salute*, 2023, n. 1; D. MORANA, *Principio di solidarietà, diritto alla salute e obblighi vaccinali*, in *Diritti comparati*, 2024.

⁴² Contenuto analogo hanno pure l'art. 39 della direttiva 2014/25/UE (sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali) e l'art. 28 della direttiva 2014/23/UE (sull'aggiudicazione dei contratti di concessione).

ha già sanzionato la «prassi delle amministrazioni aggiudicatrici consistente nell'accogliere sistematicamente le richieste di trattamento riservato motivate da segreti commerciali» (CGUE, sez. IV, 17 novembre 2022, causa C-54/21). Al riguardo, proprio per il bisogno di rintracciare un ragionevole punto di equilibrio tra le opposte esigenze di tutela, la giurisprudenza nazionale ha ricondotto i «segreti tecnici o commerciali» tutelati dal codice dei contratti pubblici ai «segreti commerciali» definiti e tutelati dall'art. 98 del d.lgs. n. 30/2005 (Codice della proprietà industriale)⁴³, il quale richiede che si tratti di informazioni segrete, «soggette al legittimo controllo del detentore» e che, tra l'altro, «abbiano valore economico in quanto segrete». Perché possa essere sottratta all'accesso, dunque, non è sufficiente che un'informazione sia ignota ad altri per pura casualità, ma è necessario che l'attuale segretezza sia il risultato di un'attività volontaria dell'operatore economico e che essa abbia sul mercato un valore economico.

Osservata da questa prospettiva la *ratio* della tutela offerta al segreto tecnico e commerciale non è dissimile da quella che anima la descritta eccezione consentita dall'art. 4, co. 2, primo alinea del Regolamento n. 1041/2021: merita di restare segreta l'informazione commerciale che, se rivelata, procurerebbe al suo titolare un pregiudizio, diretto o indiretto⁴⁴. La comune *ratio* delle due discipline è significativa e suggerisce che i principi elaborati dalla giurisprudenza europea sull'art. 4 del Regolamento potrebbero essere usati anche fuori dal perimetro di stretta applicabilità di quella normativa per ricomporre dubbi interpretativi o colmare lacune.

Di recente, ad esempio, il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di Giustizia una questione relativa al bilanciamento tra diritto alla tutela dei segreti commerciali e diritto alla tutela giurisdizionale nelle ipotesi del c.d. accesso difensivo⁴⁵. Secondo il giudice nazionale, il divieto di divulgazione dei suddetti segreti «non opera laddove l'altro concorrente dimostri che l'ostensione documentale è finalizzata alla difesa in giudizio» (Cons. St., sez. V, 24 gennaio 2023 n. 787), adempiendo il rigoroso onere probatorio del «nesso di necessaria strumentalità» fra ostensione dell'atto oggetto di segreti commerciali e difesa in giudizio (Cons. St., sez. V, 14 marzo 2023 n. 2671). Attualmente, quindi, per accedere al documento

⁴³ Art. 98 del d.lgs. 30/2005: «[p]er segreti commerciali si intendono le informazioni aziendali e le esperienze tecnico-industriali, comprese quelle commerciali, soggette al legittimo controllo del detentore, ove tali informazioni: a) siano segrete, nel senso che non siano nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore; b) abbiano valore economico in quanto segrete; c) siano sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete». Sul punto, anche per i richiami giurisprudenziali, si veda P. PROVENZANO, *Art. 35 (commento)*, in R. VILLATA, M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Pisa, 2024.

⁴⁴ Sul punto cfr. anche Cons. St., Sez. V, ord. 15 ottobre 2024, n. 8278, il quale ha ricollegato la tutela dei segreti commerciali sia alla tutela del patrimonio aziendale sia della concorrenza. Secondo l'ordinanza, infatti, un'eventuale diffusione del segreto commerciale «è idonea a produrre effetti distorsivi sulla concorrenza in quanto penalizza l'impresa che ha investito nell'innovazione (non assicurandole un adeguato ritorno dell'investimento realizzato) e avvantaggia le imprese che non investono e che possono approfittare dell'investimento altrui, con conseguenti effetti sull'intero mercato di riferimento».

⁴⁵ Cons. St., Sez. V, ord. 15 ottobre 2024, n. 8278.

riservato sarebbe sufficiente poterne provare il carattere astrattamente “indispensabile” «ai fini della difesa in giudizio» (art. 35, co. 5)⁴⁶, senza che il giudice possa sindacarne la concreta utilità (Cons. St., Ad. plen. 25 settembre 2020 n. 19)⁴⁷. Ebbene, secondo l’ordinanza di rimessione, la prevalenza assegnata dalla legislazione sui contratti pubblici all’accesso difensivo rispetto alle esigenze di protezione del segreto commerciale non sarebbe in linea con l’ordinamento europeo, specie laddove non sembra assegnare alla p.a. e al giudice il potere di compiere un bilanciamento tra la tutela dei segreti commerciali e il diritto alla tutela giurisdizionale, una volta che siano comprovati entrambi. Ciò è tanto vero che, in concreto, «la richiesta dell’esibizione dell’offerta integrale al giudice per la sua visione in camera di consiglio [...] è raramente utilizzata dal giudice nazionale, perché, dovendo comunque prevalere l’esigenza difensiva (se comprovata), non è rilevante accertare la sussistenza di segreti commerciali»⁴⁸. Ebbene, le perplessità sollevate dal Consiglio di Stato con l’ordinanza di rimessione citata paiono trovare conferme nella giurisprudenza europea incentrata sul Regolamento n. 1049/2001, la quale è ferma – come si visto *supra* – nel chiedere che il rischio effettivo, ragionevolmente prevedibile e non meramente ipotetico della divulgazione di certi documenti sia valutato in concreto, fornendo una adeguata motivazione delle ponderazioni compiute tra gli opposti interessi, evitando ogni automatismo⁴⁹.

⁴⁶ Circa l’accesso difensivo si veda *ex plurimis* Cons. St., sez. V, 26 marzo 2024, n. 5959, secondo cui «in tema di appalti pubblici, l’accesso è un diritto dell’interessato, ammesso in via generale dall’art. 22 della legge n. 241/1990 e normato in via speciale dall’art. 53 del d.lgs. n. 50/2016, in vigore fino alla data del 31 dicembre 2023, stante l’intervenuta successiva efficacia delle disposizioni del nuovo codice recate dal d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36. Il rapporto tra la normativa generale (l. n. 241/1990) e quella speciale (d.lgs. n. 50/2016), si attegga in termini di complementarietà: le disposizioni contenute nella legge sul procedimento amministrativo trovano, infatti, applicazione tutte le volte in cui non si rinvergono disposizioni derogatorie nel Codice dei contratti». Il Consiglio di Stato ha poi aggiunto che «[l]e limitazioni di cui ai commi 2 e 5 dell’art. 53 del d.lgs. n. 50/2016 rappresentano, dunque, norme eccezionali, da interpretarsi in modo restrittivo; le deroghe a tali eccezioni, contenute nel comma 6 di tale ultima disposizione, invece, consentendo una riesplorazione e riaffermazione del diritto generalmente riconosciuto nel nostro ordinamento di accedere agli atti, possono ben essere considerate “eccezioni all’eccezione” e, dunque, regola». L’art. 53, co. 6, in particolare «introduce, nello specifico campo dei contratti pubblici, una speciale figura di accesso cd. “difensivo” che prevale sulle contrapposte esigenze di tutela del segreto tecnico e commerciale solo laddove l’accesso sia azionato in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell’ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso». Perché le esigenze difensive prevalgano sulla riservatezza delle informazioni deve sussistere «non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti quanto, piuttosto, la “stretta indispensabilità” della ridetta documentazione per apprestare determinate difese all’interno di uno specifico giudizio. La valutazione di “stretta indispensabilità”, in altre parole, costituisce il criterio che regola il rapporto tra accesso difensivo e tutela della segretezza industriale e commerciale. Una simile valutazione va effettuata in concreto e verte, in particolare, sull’accertamento dell’eventuale nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell’istanza di accesso e le censure formulate».

⁴⁷ Cfr. Cons. St., sez. IV, 6 novembre 2024, n. 8884 la quale precisa che in caso di accesso difensivo l’amministrazione e il giudice dovranno unicamente verificare che il documento sia in effetti necessario per la cura o la difesa dei propri interessi mentre non potranno svolgere «alcuna ultronea valutazione sull’ammissibilità, sull’influenza o sulla decisività del documento richiesto ai fini della tutela giudiziaria che si preconizza [...] poiché tale valutazione competerà, se del caso, esclusivamente al giudice investito della questione e non alla pubblica amministrazione detentrica del documento o al giudice amministrativo nel giudizio sull’accesso». Sulla portata della disciplina in materia di contratti pubblici si veda V. MIRRA, *Accesso agli atti di gara e segretezza industriale: una conciliazione impossibile?*, in *Urb. App.*, 2020, n. 2.

⁴⁸ Cons. St., Sez. V, ord. 15 ottobre 2024, n. 8278, V.

⁴⁹ Sul punto CGUE, Grande sezione, 1 luglio 2008, C39/05 P e C52/05 P (Turco) dove, pur riconoscendo il diritto del ricorrente di accedere ai pareri legali resi in un procedimento legislativo si è precisato che «[t]ale constatazione non

6. Conclusioni

Il rilievo assicurato dall'ordinamento giuridico unionale (e nazionale) tanto alla trasparenza quanto a certe esigenze di riservatezza, e finanche di segretezza, impone alle amministrazioni un'opera di costante e faticosa ponderazione degli interessi in gioco. D'altra parte, l'attenuazione degli obblighi di trasparenza mentre salvaguarda certi diritti individuali, spesso finisce per preservare gli interessi delle comunità in cui gli operatori economici operano, generando valore e lavoro proprio grazie all'utilizzo delle informazioni che intendono sottrarre all'altrui conoscenza. Trovare un punto di equilibrio non è semplice e, soprattutto, non è possibile individuarne uno che sia definitivo, applicabile indistintamente a ogni situazione.

In tal senso il giudice europeo ha trovato un punto di equilibrio nel confermare la natura eccezionale di ogni deroga al principio di trasparenza e nel pretendere, conseguentemente, che ogni diniego all'accesso sia fondato sulla necessità di tutelare non l'astratto valore degli opposti interessi ma la loro integrità rispetto ai pregiudizi che subirebbero certamente. Da qui il rilievo assegnato all'istruttoria amministrativa e alla conseguente motivazione delle decisioni. Da qui, inoltre, il valore riconosciuto a certi modelli di accesso controllato ai documenti commerciali, come nel caso dell'accesso al documento integrale da parte del solo giudice, oppure dell'accesso confidenziale disciplinato dal regolamento del Parlamento europeo. Se ne deduce che la trasparenza, pur non essendo un principio tirannico, è pur sempre la regola e ogni sua limitazione, per essere ragionevole, deve essere proporzionata al caso concreto e giustificata in modo adeguato e circostanziato.

Tutto quanto precede fa dell'amministrazione della trasparenza una funzione precipua della moderna attività amministrativa, orientata ad assicurare e implementare la legittimità democratica dell'azione pubblica e la diffusa controllabilità dell'operato suo e dei privati, senza scadere mai in formalismi e automatismi che potrebbero ledere oltremisura interessi ugualmente rilevanti.

impedisce tuttavia che la divulgazione di un parere giuridico specifico, reso nell'ambito di un procedimento legislativo, ma avente contenuto particolarmente sensibile o portata particolarmente estesa che travalichi l'ambito del procedimento legislativo di cui trattasi, venga negata richiamandosi alla tutela della consulenza legale. In tali circostanze, l'istituzione interessata dovrebbe motivare il rifiuto in modo circostanziato» (§ 69).