Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentate il 15 aprile 2021 [1]

Causa C-927/19

UAB Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras
con l'intervento di:
UAB Ecoservice Klaipėda,
UAB Klaipėdos autobusų parkas,
UAB Parsekas,
UAB Klaipėdos transportas

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Corte suprema di Lituania)]

«Rinvio pregiudiziale – Appalti pubblici – Direttiva 2014/24/UE – Articoli 21, 50 e 55 – Riservatezza – Competenza dell'amministrazione aggiudicatrice – Direttiva (UE) 2016/943 – Applicabilità – Direttiva 89/665/CEE – Articoli 1 e 2 – Effetti del reclamo contro la dichiarazione di riservatezza – Motivazione – Ricorso autonomo presso l'amministrazione aggiudicatrice – Controllo giurisdizionale – Portata dei poteri del giudice»

1. La documentazione che viene fornita alle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito di una procedura di appalto pubblico può includere segreti commerciali e altre informazioni riservate, la cui divulgazione danneggerebbe i loro titolari.

2. In tale contesto, convergono due interessi contrapposti:

– da un lato, quelli dell'offerente che, nel partecipare a una gara d'appalto pubblica, non rinuncia alla protezione delle informazioni riservate, in modo da impedire a terzi di approfittare indebitamente degli sforzi commerciali altrui;

– dall'altro lato, quelli degli offerenti che, nell'esercizio del loro diritto di impugnare le decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice, chiedono, per fondare il loro ricorso, di accedere a talune informazioni trasmesse dall'aggiudicatario, che quest'ultimo considera riservate.

[1] Lingua originale: lo spagnolo.

3. Il conflitto tra tali interessi è alla base del presente rinvio pregiudiziale, nel quale il giudice del rinvio chiede l'interpretazione delle direttive 89/665/CEE [2], 2014/24/UE [3] e (UE) 2016/943 [4].

I. Contesto normativo

A. Diritto dell'Unione

1. Direttiva 2014/24

4. L'articolo 18 («Principi per l'aggiudicazione degli appalti») così dispone:

«Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata.

(...)».

5. L'articolo 21 («Riservatezza») enuncia quanto segue:

«1. Salvo che non sia altrimenti previsto nella presente direttiva o nella legislazione nazionale cui è soggetta l'amministrazione aggiudicatrice, in particolare la legislazione riguardante l'accesso alle informazioni, e fatti salvi gli obblighi in materia di pubblicità sugli appalti aggiudicati e gli obblighi di informazione dei candidati e degli offerenti, previsti agli articoli 50 e 55, l'amministrazione aggiudicatrice non rivela informazioni comunicate dagli operatori economici e da essi considerate riservate, compresi anche, ma non esclusivamente, segreti tecnici o commerciali, nonché gli aspetti riservati delle offerte.

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

6. L'articolo 50 («Avvisi relativi agli appalti aggiudicati») prevede quanto segue:

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

7. L'articolo 55 («Informazione dei candidati e degli offerenti») recita:

«3. Le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di non divulgare talune informazioni relative all'aggiudicazione degli appalti, alla conclusione di accordi quadro o all'ammissione ad

[2] Direttiva del Consiglio, del 21 dicembre 1989, 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 1989, L 395, pag. 33).

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

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

un sistema dinamico di acquisizione di cui ai paragrafi 1 e 2, qualora la loro diffusione ostacoli l'applicazione della legge o sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di un particolare operatore economico, pubblico o privato, oppure possa recare pregiudizio alla concorrenza leale tra operatori economici».

2. Direttiva 89/665

8. Ai sensi dell'articolo 1 («Ambito di applicazione e accessibilità delle procedure di ricorso») [5]:

«1. La presente direttiva si applica agli appalti di cui alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, a meno che tali appalti siano esclusi a norma degli articoli 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 e 37 di tale direttiva.

(...)

Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla direttiva 2014/24/UE o dalla direttiva 2014/23/UE, le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste negli articoli da 2 a 2 *septies* della presente direttiva, sulla base del fatto che tali decisioni hanno violato il diritto dell'Unione in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o le norme nazionali di recepimento.

(...)

3. Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione.

4. Gli Stati membri possono esigere che il soggetto che desidera avvalersi di una procedura di ricorso abbia informato l'amministrazione aggiudicatrice della presunta violazione e della propria intenzione di proporre un ricorso, a condizione che ciò non influisca sul termine sospensivo a norma dell'articolo 2 bis, paragrafo 2, o su qualsiasi altro termine per la proposizione di un ricorso a norma dell'articolo 2 *quater*.

5. Gli Stati membri possono esigere che il soggetto interessato proponga in primo luogo un ricorso presso l'amministrazione aggiudicatrice. In questo caso gli Stati membri provvedono affinché la proposizione del suddetto ricorso comporti la sospensione immediata della possibilità di concludere il contratto.

(...)».

[5] Come modificato dall'articolo 46 della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (GU 2014, L 94, pag. 1).

9. L'articolo 2 («Requisiti per le procedure di ricorso») stabilisce:

«1. Gli Stati membri provvedono affinché i provvedimenti presi in merito alle procedure di ricorso di cui all'articolo 1 prevedano i poteri che consentono di:

(...)

b) annullare o far annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specifiche tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nell'invito a presentare l'offerta, nei capitolati d'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione;

(...)».

3. Direttiva 2016/943

10. Il considerando 18 enuncia quanto segue:

«(...) In particolare, la presente direttiva non dovrebbe esonerare le autorità pubbliche dagli obblighi di riservatezza cui sono soggette in relazione alle informazioni trasmesse dai detentori di segreti commerciali, a prescindere dal fatto che tali obblighi siano sanciti dal diritto dell'Unione o da quello nazionale. Tali obblighi di riservatezza includono, tra l'altro, gli obblighi connessi alle informazioni trasmesse alle amministrazioni aggiudicatrici nel contesto delle procedure di aggiudicazione, quali previsti, ad esempio, (...) dalla direttiva 2014/24/UE (...)».

11. L'articolo 1 («Oggetto e ambito di applicazione») precisa quanto segue:

«2. La presente direttiva non pregiudica:

(...)

b) l'applicazione delle norme dell'Unione o nazionali che impongono al detentore del segreto commerciale di rivelare, per motivi di interesse pubblico, informazioni, compresi segreti commerciali, alle autorità pubbliche o amministrative o giudiziarie nell'espletamento delle loro funzioni;

c) l'applicazione delle norme dell'Unione o nazionali che impongono o consentono alle istituzioni e agli organi dell'Unione o alle autorità pubbliche nazionali di divulgare informazioni fornite da imprese di cui tali istituzioni, organi o autorità dispongono in conformità e nel rispetto degli obblighi e delle prerogative stabiliti nel diritto dell'Unione o nel diritto nazionale;

(...)».

B. Diritto lituano

1. Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (Legge sugli appalti pubblici della Repubblica di Lituania; in prosieguo: la «LAP»)

12. L'articolo 20 così recita:

«1. All'amministrazione aggiudicatrice, al comitato di aggiudicazione, ai suoi membri ed esperti e a qualsiasi altra persona è vietato divulgare a terzi le informazioni che i fornitori hanno trasmesso riservatamente.

2. Non può essere qualificata nella sua interezza come riservata l'offerta o la domanda di partecipazione del fornitore, tuttavia il fornitore può indicare che talune informazioni contenute nella sua offerta sono riservate. Le informazioni riservate possono comprendere, tra l'altro, segreti commerciali (industriali) e aspetti riservati dell'offerta. Le informazioni non possono essere considerate riservate:

1) se violano le disposizioni di legge che prevedono l'obbligo di divulgare o il diritto di ottenere informazioni e i regolamenti di attuazione di tali disposizioni di legge;

2) se violano gli obblighi previsti dagli articoli 33 e 58 della presente legge per quanto riguarda la pubblicazione degli appalti conclusi, le informazioni dei candidati e degli offerenti, comprese le informazioni sul prezzo delle forniture, dei servizi o dei lavori indicato nel bando di gara, ad eccezione dei suoi elementi costitutivi;

3) qualora tali informazioni siano state fornite in documenti che certificano che il fornitore non è soggetto ad alcun motivo di esclusione, che soddisfa i requisiti di capacità e le norme di gestione della qualità e di tutela dell'ambiente, ad eccezione delle informazioni la cui divulgazione violerebbe le disposizioni della legge della Repubblica di Lituania sulla protezione dei dati personali o gli obblighi del fornitore in forza di contratti conclusi con terzi;

4) qualora tali informazioni riguardino operatori economici e subappaltatori alla cui capacità ricorre il fornitore, ad eccezione delle informazioni la cui divulgazione violerebbe le disposizioni della legge sulla protezione dei dati personali.

3. Se l'amministrazione aggiudicatrice nutre dubbi sulla natura riservata delle informazioni contenute nell'offerta del fornitore, deve chiedere a quest'ultimo di dimostrare il motivo per il quale le informazioni in questione siano riservate. (...)

4. Entro un termine massimo di sei mesi dalla data di stipula del contratto, gli offerenti interessati possono chiedere all'autorità aggiudicatrice di consentire loro l'accesso all'offerta o alla domanda dell'aggiudicatario (i candidati, alle domande di altri fornitori che sono stati invitati a presentare un'offerta o a partecipare ad un dialogo), ma non potranno essere divulgate le informazioni che i candidati o gli offerenti hanno qualificato come riservate senza violare il paragrafo 2 del presente articolo».

13. L'articolo 58 precisa:

«3. Nei casi di cui ai paragrafi 1 e 2 del presente articolo, l'amministrazione aggiudicatrice non può fornire informazioni la cui divulgazione violerebbe le norme in materia di informazione e di

protezione dei dati o sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di un determinato fornitore o possa influenzare la concorrenza tra fornitori».

2. Lietuvos Respublikos civilinio proceso kodeksas (codice di procedura civile della Repubblica di Lituania)

14. L'articolo 10^1 così dispone:

«2. Qualora vi sia motivo di ritenere che possa essere divulgato un segreto commerciale, il giudice, su richiesta debitamente motivata delle parti o d'ufficio, designa con ordinanza motivata le persone che possono:

1) avere accesso alle parti del fascicolo contenenti informazioni che costituiscono un segreto commerciale o che possono costituire un segreto commerciale, fare e ottenere estratti, duplicati e copie (copie digitali);

2) partecipare a udienze a porte chiuse nel corso delle quali potranno essere divulgate informazioni che costituiscono o possono costituire un segreto commerciale e avere accesso ai verbali di tali udienze;

3) ottenere una copia autenticata (copia digitale) di una sentenza o di un'ordinanza contenente informazioni che costituiscono o possono costituire un segreto commerciale.

(...)

4. Nell'applicare le restrizioni di cui al paragrafo 2 del presente articolo, il giudice tiene conto della necessità di garantire il diritto alla tutela giurisdizionale e il diritto a un processo equo, degli interessi legittimi delle parti e delle altre persone che partecipano al procedimento, nonché del danno che potrebbe derivare dall'applicazione o meno di tali restrizioni».

II. Fatti, procedimento e questioni pregiudiziali

15. Il 27 settembre 2018 la UAB Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (in prosieguo: l'«amministrazione aggiudicatrice») ha pubblicato una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico di prestazione di servizi relativi alla raccolta di rifiuti urbani del Comune di Neringa (Lituania) e al loro trasporto presso gli impianti di trattamento della regione di Klaipėda (Lituania) [6].

16. Il 29 novembre 2018 l'appalto è stato aggiudicato al gruppo di operatori economici costituito dalla UAB Klaipėdos autobusų parkas, dalla UAB Parsekas e dalla UAB Klaipėdos transportas (in prosieguo: il «Gruppo»). La UAB Ecoservice Klaipėda (in prosieguo: la «Ecoservice») si è classificata seconda.

17. Il 4 dicembre 2018 la Ecoservice ha chiesto all'amministrazione aggiudicatrice l'accesso ai dati contenuti nell'offerta del Gruppo. Il 6 dicembre 2018 le sono state comunicate le informazioni non riservate di tale offerta.

[6] Secondo il punto 3 dell'ordinanza di rinvio, il bando di gara indica che l'importo provvisorio dell'appalto supera EUR 750 000 (IVA esclusa).

18. Il 10 dicembre 2018 la Ecoservice ha presentato un reclamo dinanzi all'amministrazione aggiudicatrice, contestando i risultati finali della gara d'appalto adducendo che il Gruppo non soddisfaceva i requisiti del bando[7]. Il reclamo è stato rigettato dall'amministrazione aggiudicatrice il 17 dicembre 2018.

19. Il 27 dicembre 2018 la Ecoservice ha impugnato la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice dinanzi al Klaipėdos apygardos teismas (Tribunale regionale di Klaipėda, Lituania). Contemporaneamente al ricorso, essa ha chiesto di avere accesso a tutte le informazioni contenute nell'offerta del Gruppo nonché alla corrispondenza scambiata tra quest'ultimo e l'amministrazione aggiudicatrice.

20. Dopo aver ascoltato l'amministrazione aggiudicatrice, che si è opposta alla richiesta della Ecoservice, il 15 gennaio 2019 il giudice di primo grado le ha imposto di depositare tutti i documenti richiesti, ad eccezione della corrispondenza con il Gruppo.

21. Il 25 gennaio 2019 l'amministrazione aggiudicatrice ha prodotto le informazioni, sia riservate sia non riservate, contenute nell'offerta del Gruppo. Essa ha chiesto di non concedere alla Ecoservice l'accesso alle informazioni riservate, richiesta accolta dal giudice di primo grado.

22. Attraverso due domande successive, la Ecoservice ha chiesto a detto giudice l'accesso: a) alle informazioni relative all'offerta classificate come riservate; e b) ai dati sui contratti di gestione dei rifiuti conclusi da uno dei soggetti facenti parte del Gruppo. Il giudice di primo grado ha respinto entrambe le domande con due ordinanze distinte non impugnabili.

23. Con sentenza del 15 marzo 2019, il giudice di primo grado ha dichiarato che il Gruppo soddisfaceva i requisiti di qualificazione previsti per i fornitori e ha respinto la domanda della Ecoservice.

24. La Ecoservice ha impugnato la sentenza di primo grado dinanzi al Lietuvos apeliacinis teismas (Corte d'appello di Lituania), la quale, il 30 maggio 2019, ha annullato la sentenza del giudice di primo grado, così come la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice, e ha ordinato di ripetere la valutazione delle offerte.

25. L'amministrazione aggiudicatrice ha proposto ricorso per cassazione dinanzi al Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Corte suprema di Lituania), limitandosi a contrastare la valutazione del giudice d'appello riguardo alla (mancanza di) capacità tecnica del Gruppo[8].

26. Il 26 luglio 2019 la Ecoservice, prima di presentare le proprie difese nell'ambito del ricorso per cassazione, ha chiesto che le fosse consentito l'accesso ai documenti riservati presentati dal Gruppo al giudice di primo grado, «che contenevano informazioni realmente sensibili a fini commerciali che erano state occultate».

7 In particolare, essa adduceva: i) che i contratti relativi alla raccolta e al trasporto di rifiuti urbani non differenziati, indicati dal Gruppo per comprovare la sua capacità finanziaria ed economica, non sarebbero stati eseguiti direttamente dei soggetti facenti parte di tale Gruppo; e ii) che i veicoli indicati nei documenti presentati dal Gruppo non soddisfacevano le specifiche tecniche stabilite nel capitolato d'oneri.

8 Nell'ordinanza di rinvio (punti 36 e 37) si sottolinea che il ricorso per cassazione non è stato proposto dalla Ecoservice, bensì dall'amministrazione aggiudicatrice, per cui, in linea di principio, il Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Corte suprema di Lituania) dovrebbe solo decidere se l'aggiudicatario avesse la capacità tecnica adeguata, unica questione sollevata dal ricorrente. Il giudice ha tuttavia deciso, d'ufficio, di superare i limiti del ricorso per cassazione e di pronunciarsi su altri aspetti della controversia.

27. In tale contesto il Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Corte suprema di Lituania) solleva, tra le altre, le seguenti questioni pregiudiziali:

«4) Se l'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, della direttiva 89/665, che stabilisce il principio dell'efficacia delle procedure di ricorso, i paragrafi 3 e 5 del medesimo articolo, l'articolo 21 della direttiva 2014/24 e le disposizioni della direttiva 2016/943, in particolare il considerando 18 e l'articolo 9, paragrafo 2, terzo comma della medesima (congiuntamente o separatamente, ma non limitatamente a esse) debbano essere interpretati nel senso che, laddove sia prevista una procedura precontenziosa obbligatoria di risoluzione delle controversie dalla normativa nazionale in materia di appalti pubblici:

a) l'amministrazione aggiudicatrice deve fornire al fornitore che ha avviato la procedura di ricorso tutti i dettagli dell'offerta dell'altro offerente (indipendentemente dalla loro natura riservata), qualora l'oggetto di tale procedura di ricorso sia specificamente la legittimità della valutazione dell'offerta dell'altro fornitore, e il fornitore che ha avviato tale procedura aveva espressamente chiesto all'amministrazione aggiudicatrice, prima dell'avvio della suddetta procedura, di fornirli;

b) indipendentemente dalla risposta alla questione precedente, l'amministrazione aggiudicatrice, nel rigettare il reclamo presentato dal fornitore in merito alla legittimità della valutazione dell'offerta del suo concorrente, deve in ogni caso fornire una risposta chiara, esaustiva e precisa, a prescindere dal rischio di divulgazione delle informazioni riservate relative all'offerta che le sono state presentate.

5) Se l'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, l'articolo 1, paragrafi 3 e 5, e l'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 89/655, l'articolo 21 della direttiva 2014/24 e le disposizioni della direttiva 2016/943, in particolare il considerando 18 della medesima (congiuntamente o separatamente, ma non limitatamente a esse), debbano essere interpretati nel senso che la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di non concedere a un fornitore l'accesso alle informazioni riservate dell'offerta di un altro partecipante alla gara sia una decisione che può essere impugnata separatamente dinanzi a un giudice.

6) In caso di risposta affermativa alla questione precedente, se l'articolo 1, paragrafo 5, della direttiva 89/655 debba essere interpretato nel senso che il fornitore deve presentare all'amministrazione aggiudicatrice un reclamo contro tale decisione e, eventualmente, agire in giudizio.

7) In caso di risposta affermativa alla questione precedente, se l'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e l'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 89/655 debbano essere interpretati nel senso che, a seconda dell'entità delle informazioni disponibili sul contenuto dell'offerta dell'altro fornitore, il fornitore può agire in giudizio esclusivamente in merito al rifiuto di fornirgli le informazioni, senza contestare separatamente la legittimità di altre decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice.

8) Indipendentemente dalle risposte alle questioni che precedono, se l'articolo 9, paragrafo 2, terzo comma, della direttiva 2016/943 debba essere interpretato nel senso che il giudice, al quale il ricorrente chiede di ingiungere all'altra parte della controversia la produzione di prove e di renderle disponibili al ricorrente, deve accogliere tale domanda, indipendentemente dal comportamento dell'amministrazione aggiudicatrice durante la procedura d'appalto o la procedura di ricorso.

9) Se l'articolo 9, paragrafo 2, terzo comma, della direttiva 2016/943 debba essere interpretato nel senso che, dopo aver respinto la domanda del ricorrente diretta alla divulgazione di informazioni riservate dell'altra parte della controversia, il giudice dovrebbe valutare d'ufficio la pertinenza dei dati di cui si chiede la divulgazione e gli effetti di tali dati sulla legittimità della procedura d'appalto».

III. Procedimento dinanzi alla Corte di giustizia

28. La domanda di pronuncia pregiudiziale è pervenuta presso la cancelleria della Corte il 18 dicembre 2019.

29. Hanno presentato osservazioni scritte la Klaipėdos autobusų parkas [9], la Ecoservice, la Repubblica d'Austria, la Repubblica di Lituania e la Commissione europea.

30. Le parti hanno risposto per iscritto ai quesiti loro rivolti dalla Corte di giustizia, in luogo dell'udienza.

IV. Valutazione

A. Osservazioni preliminari

31. Su richiesta della Corte di giustizia, mi limiterò all'analisi delle questioni pregiudiziali dalla quarta alla nona. Per il loro oggetto esse possono essere raggruppate in tre blocchi:

– nella quarta questione, il giudice del rinvio si interroga sulla portata dell'obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di mantenere la riservatezza delle informazioni che un offerente qualifica come riservate, quando decide su un reclamo promosso da un altro offerente che chiede l'accesso a tali informazioni.

– Nelle questioni dalla quinta alla settima, i dubbi riguardano il ricorso dinanzi agli organi giurisdizionali avverso la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice che nega a un operatore l'accesso a informazioni riservate fornite da un altro operatore.

– Infine, l'ottava e la nona questione si riferiscono alla facoltà del giudice di divulgare le informazioni riservate in suo possesso ed eventualmente di valutare d'ufficio la legittimità della procedura di aggiudicazione.

32. Affronterò, in primo luogo, l'interpretazione delle direttive 2014/24 e 2016/943 in relazione al trattamento delle informazioni riservate. In seguito, esporrò la mia risposta alle questioni pregiudiziali, che comprenderà riferimenti alla direttiva 89/665.

[9] Uno dei soggetti facenti parte del Gruppo.

B. Protezione delle informazioni riservate comunicate nell'ambito di una procedura di appalto pubblico

33. Secondo la Corte, «[l]'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici comprende l'apertura ad una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri. (...) Per conseguire tale obiettivo, è necessario che le amministrazioni aggiudicatici non divulghino informazioni relative a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici il cui contenuto potrebbe essere utilizzato per falsare la concorrenza» [10].

34. La direttiva 2014/24 riunisce diverse norme relative alla pubblicazione delle informazioni detenute dall'amministrazione aggiudicatrice. Tra queste [11] figura l'articolo 21, che vieta, in linea di principio [12], di divulgare le «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».

35. Alla luce degli argomenti delle parti, occorre definire quali siano le informazioni riservate che l'amministrazione aggiudicatrice (e gli organi che riesaminano le sue decisioni) deve proteggere, conformemente alla direttiva 2014/24. In seguito, valuterò l'incidenza della direttiva 2016/943 sulle procedure di appalti pubblici.

1. Informazioni riservate ai sensi della direttiva 2014/24

36. Da un'interpretazione letterale e isolata dell'articolo 21 della direttiva 2014/24 risulterebbe che le informazioni riservate sono semplicemente quelle che un operatore economico qualifica come tali. Le informazioni protette sarebbero quindi, in ogni caso, quelle «considerate riservate» dagli operatori economici.

37. Se si seguisse tale criterio ermeneutico, qualunque [13] informazione, a prescindere dal suo contenuto, che non sia autorizzata dall'operatore che l'ha messa a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice, sarebbe automaticamente bloccata, cioè non potrebbe essere divulgata.

38. Tale interpretazione massimalista non può essere accolta. Infatti, l'articolo 21 della direttiva 2014/24 fornisce come esempi di informazioni che possono essere qualificabili come riservate «segreti tecnici o commerciali, nonché gli aspetti riservati delle offerte». Essa indica quindi che una tale qualificazione si fonda su una base *oggettiva* e non unicamente sulla volontà *soggettiva* di chi comunica le informazioni.

[10] Sentenza del 14 febbraio 2008, Varec (C-450/06, EU:C:2008:91; in prosieguo: la «sentenza Varec»), punti 34 e 35.

[11] Esistono altre disposizioni nella direttiva 2014/24 sulla protezione della riservatezza, alle quali farò riferimento in seguito, riguardanti gli avvisi relativi agli appalti aggiudicati (articolo 50, paragrafo 4) e le informazioni comunicate ai candidati e agli offerenti (articolo 55). Entrambe le disposizioni prevedono che le informazioni non siano pubblicate qualora «la loro diffusione ostacoli l'applicazione della legge o sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di un particolare operatore economico, pubblico o privato oppure possa recare pregiudizio alla concorrenza leale tra operatori economici».

[12] Salvo che non sia altrimenti previsto nella direttiva medesima o nel diritto nazionale. Dall'articolo 20 della LAP non risulta che esista una norma nazionale che preveda il contrario.

[13] Ciò non vale per la legge lituana, poiché essa vieta che un'offerta *nella sua interezza* sia comunicata in modo riservato.

39. Altre disposizioni della direttiva 2014/24 (in particolare, gli articoli 50, paragrafo 4, e 55, paragrafo 3) consentono di corroborare, da un punto di vista sistematico, questa stessa tesi. Conformemente ad esse, la divulgazione delle informazioni è rifiutata quando, tra le altre ipotesi, essa pregiudichi «i legittimi interessi commerciali di un particolare operatore economico, pubblico o privato». Ancora una volta, prevalgono gli aspetti oggettivi, e non quelli soggettivi.

40. Ritengo quindi che l'articolo 21 della direttiva 2014/24, letto nel suo contesto, non conferisca *in esclusiva* all'operatore economico il compito di specificare, a sua discrezione, quali informazioni debbano essere classificate come riservate. La sua richiesta motivata in tal senso – necessaria, se si vuole limitare la pubblicazione dei dati che l'operatore stesso comunica – è soggetta alla successiva decisione dell'amministrazione aggiudicatrice (ed eventualmente a quella dell'organo che riesamina le decisioni di quest'ultima).

41. La finalità della disposizione porta allo stesso risultato. Se, come il resto della direttiva 2014/24, essa mira ad evitare qualsiasi distorsione della concorrenza [14], è logico attribuire all'amministrazione aggiudicatrice – e non unilateralmente all'operatore interessato – il potere di riconoscere quali rischi per la concorrenza deriverebbero dalla divulgazione delle informazioni asseritamente riservate. Il suo dovere di imparzialità e di obiettività, nei confronti dei vari offerenti, rende l'amministrazione aggiudicatrice il soggetto adatto a formulare tale giudizio.

42. In questo modo, inoltre, l'amministrazione aggiudicatrice può garantire che tutti gli operatori economici siano trattati «su un piano di parità e in modo non discriminatorio», in conformità con i principi che regolano l'aggiudicazione degli appalti pubblici.

2. Applicazione della direttiva 2016/943

43. Il giudice del rinvio chiede un'interpretazione dell'articolo 9 della direttiva 2016/943, in combinato disposto con il considerando 18 della stessa, in quanto il fattore decisivo per concedere l'accesso a determinate informazioni è se tali informazioni costituiscano o meno un segreto commerciale [15].

44. Va tuttavia ricordato che, ai sensi dell'articolo 21 della direttiva 2014/24, la protezione non si limita ai «segreti commerciali» ma comprende anche, tra l'altro, gli «aspetti riservati delle offerte». Di conseguenza, possono rientrare in tale disposizione le informazioni che non possono essere qualificate, in senso stretto, come segreti commerciali: le due nozioni non sono equivalenti.

45. In ogni caso, la direttiva 2016/943, il cui scopo è la protezione del «know-how riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti», prevede la fattispecie opposta a quella in questione nella presente controversia. Quest'ultima riguarda precisamente la mancata divulgazione di alcune informazioni riservate, che l'amministrazione aggiudicatrice rifiuta di fornire all'operatore che ne fa richiesta.

46. Concordo pertanto con la Commissione [16] quando afferma che l'articolo 9 della direttiva 2016/943 non è applicabile al caso di specie, poiché tale disposizione riguarda i procedimenti giudiziari in materia di acquisizione, utilizzo o divulgazione *illeciti* di un segreto commerciale [17].

[14] V. paragrafo 33 delle presenti conclusioni.

[15] Punti 64 e seguenti dell'ordinanza di rinvio.

[16] Punti da 70 a 75 delle sue osservazioni scritte.

[17] Ciò risulta anche dai considerando 13 e 24 della direttiva 2016/943.

47. Per il resto, la direttiva 2014/24 è la *lex specialis* che disciplina la divulgazione delle informazioni comunicate dagli operatori economici nell'ambito di una gara d'appalto pubblica.

48. Lo conferma il considerando 18 della direttiva 2016/943, quando fa riferimento agli obblighi delle autorità pubbliche di mantenere la riservatezza delle «informazioni trasmesse alle amministrazioni aggiudicatrici nel contesto delle procedure di aggiudicazione, quali previsti, ad esempio, dalla (...) direttiva 2014/24 (...)».

49. È dunque la stessa direttiva 2016/943 a rinviare il trattamento delle norme sulla protezione delle informazioni riservate in questa materia al regime della direttiva 2014/24. Se un'amministrazione aggiudicatrice divulgasse, nell'esercizio legittimo dei suoi poteri, autorizzato dalla direttiva 2014/24, questo genere di informazioni, si verificherebbe uno dei casi di deroga alla direttiva 2016/943 previsti all'articolo 1, paragrafo 2, e all'articolo 3, paragrafo 2, della stessa.

50. La risposta alle questioni poste dal giudice del rinvio sulla protezione della riservatezza deve quindi basarsi sull'interpretazione della direttiva 2014/24. La direttiva 2016/943, che rientra in una materia affine, può essere utilizzata come riferimento ausiliario, ma non come testo di riferimento.

C. Sulla quarta questione pregiudiziale

51. Con tale questione, il giudice del rinvio chiede:

– in primo luogo [lettera a)], se l'amministrazione aggiudicatrice debba fornire ad un offerente, che impugna dinanzi ad essa la valutazione delle offerte, *tutti* i dettagli dell'offerta presentata dall'offerente aggiudicatario, laddove il ricorrente abbia precedentemente richiesto tali informazioni alla medesima amministrazione aggiudicatrice;

– in secondo luogo [lettera b)], se, nel rigettare il reclamo presentato, l'amministrazione aggiudicatrice debba «fornire una risposta chiara, esaustiva e precisa», anche a rischio di divulgare le informazioni riservate relative all'offerta che le sono state presentate.

52. Il giudice del rinvio spiega che la normativa nazionale prevede «una procedura precontenziosa obbligatoria di risoluzione delle controversie», nell'ambito della quale ad adottare la decisione è la stessa amministrazione aggiudicatrice.

1. Lettera a)

53. Come già indicato, l'amministrazione aggiudicatrice deve determinare quali elementi delle informazioni trasmesse dall'offerente, tra quelli che quest'ultimo ha designato come riservati, siano effettivamente tali. Questa stessa facoltà spetta all'organo incaricato, in sede di ricorso, di riesaminare il comportamento dell'amministrazione aggiudicatrice.

54. La tutela delle informazioni riservate e dei segreti commerciali deve essere attuata conciliandola «con le esigenze di effettività della tutela giurisdizionale e con il rispetto del diritto di difesa delle parti della controversia (...), in modo da garantire che il procedimento, nel suo insieme, rispetti il diritto ad un equo processo» [18].

[18] Sentenza Varec, punto 52.

55. Mantenere tale equilibrio presuppone, anzitutto, che una richiesta o la presentazione di un reclamo dinanzi all'amministrazione aggiudicatrice, non implica che quest'ultima debba automaticamente comunicare al ricorrente tutte le informazioni contenute nell'offerta dell'aggiudicatario [19]. Né implica che debba negarle sistematicamente [20]. L'amministrazione aggiudicatrice dovrà prendere la sua decisione alla luce dei motivi della richiesta – o, se del caso, del reclamo – e della natura delle informazioni richieste.

56. I poteri dell'amministrazione aggiudicatrice possono essere esercitati, ribadisco, sia che questa agisca in risposta a una richiesta motivata di divulgazione di informazioni riservate sia che decida su un ricorso (ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 5, della direttiva 89/665) [21] contro la decisione di consentire o di non consentire tale divulgazione o contro la decisione di aggiudicare l'appalto dopo la valutazione delle offerte.

57. La quarta questione pregiudiziale, lettera a), del giudice del rinvio riguarda il ruolo dell'amministrazione aggiudicatrice in «una procedura di ricorso». Ebbene, nel pronunciarsi, spetta a tale amministrazione aggiudicatrice garantire l'equilibrio tra la protezione della riservatezza e il diritto a un ricorso efficace ai sensi della direttiva 89/665.

58. Di conseguenza, l'amministrazione aggiudicatrice dovrà valutare l'interesse e le ragioni di chi chiede di accedere alle informazioni riservate (fornite da un concorrente in gara), confrontandole con la necessità di tutelare la riservatezza di tali dati. Se del caso, potrà chiedere all'operatore economico interessato di spiegare perché dovrebbe essere mantenuta, in tutto o in parte, la qualificazione di alcune informazioni come riservate.

59. La risposta dell'amministrazione aggiudicatrice a tale *ricorso*, anche quando sia messa in discussione la «legittimità della valutazione dell'offerta», deve contenere le motivazioni della sua decisione. Tale risposta non deve essere necessariamente, sottolineo, quella di fornire al ricorrente «tutti» i dettagli dell'offerta di un altro offerente. Al contrario, essa dipenderà dal fatto che l'amministrazione aggiudicatrice possa ritenere che il mantenimento, in tutto o in parte, della riservatezza delle informazioni messe a sua disposizione sia giustificato.

2. Lettera b)

60. Il giudice del rinvio chiede se, nel rigettare il reclamo di un offerente che contesta il risultato della valutazione, l'amministrazione aggiudicatrice debba fornire una risposta «chiara, esaustiva e precisa, a prescindere dal rischio di divulgazione delle informazioni riservate relative all'offerta che le sono state presentate».

61. La risposta a questa domanda può essere dedotta dalla risposta fornita alla lettera a) della stessa questione pregiudiziale.

[19] Ibidem, punto 40: «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».

[20] Secondo l'ordinanza di rinvio, in Lituania, la prassi comune «in materia di appalti pubblici, che il giudice del rinvio tenta costantemente di limitare», è quella di negare ai ricorrenti l'accesso alle informazioni trasmesse dagli offerenti.

[21] L'articolo 1, paragrafo 5, della direttiva 89/665 autorizza il diritto interno di uno Stato a istituire questa modalità di *ricorso* che è, in realtà, una procedura di riesame condotta dalla stessa amministrazione aggiudicatrice. L'ordinanza di rinvio ritiene che, in Lituania, essa abbia carattere amministrativo.

62. L'amministrazione aggiudicatrice, nel motivare la decisione di rigetto di un reclamo che le è stato presentato, deve rispettare i diritti sia del ricorrente sia dell'altra parte (l'aggiudicatario, le cui informazioni sono richieste dal suo concorrente). Essa deve esporre le ragioni della sua decisione, facilitando così il successivo riesame dei suoi atti.

63. Sebbene la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice debba infatti essere «chiara e precisa», ciò non significa che debba necessariamente e automaticamente contenere *tutte* le informazioni riservate fornite nell'offerta. Ciò avviene solo se, in seguito alla ponderazione degli interessi [22] che deve effettuare, l'amministrazione aggiudicatrice decide che gli uni prevalgono sugli altri.

D. Sulla quinta, sesta e settima questione pregiudiziale

64. Di queste tre questioni pregiudiziali, che occorre trattare congiuntamente, la quinta allude a una possibile «impugnazione separata» contro la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di non concedere l'accesso alle informazioni riservate. La sesta e la settima questione sembrano basarsi sullo stesso presupposto.

65. In effetti, dall'ordinanza di rinvio [23] non risulta in modo chiaro se la Ecoservice abbia promosso tale impugnazione *separata* (o autonoma) quando l'amministrazione aggiudicatrice ha deciso di trasmetterle unicamente le informazioni non riservate contenute nell'offerta del Gruppo [24].

66. Dal resoconto dei fatti esposto in tale ordinanza risulta che l'azione della Ecoservice è consistita nel chiedere sia all'amministrazione aggiudicatrice sia, successivamente, al giudice di primo grado (in questo caso congiuntamente alla sua domanda) di ingiungere la divulgazione completa delle informazioni fornite dal Gruppo. È quindi dubbio che tale richiesta possa essere intesa come un ricorso *autonomo*, nel senso sopra indicato.

67. Tale circostanza non deve tuttavia tradursi nell'inammissibilità delle questioni quinta, sesta e settima, le quali beneficiano della presunzione di rilevanza che la Corte di giustizia riconosce alle domande di pronuncia pregiudiziale.

68. L'ammissibilità di tali questioni è sostenibile se il giudice del rinvio interpreta nel senso che la Ecoservice, dinanzi all'amministrazione aggiudicatrice e dinanzi al giudice di primo grado, aveva impugnato o poteva o doveva impugnare separatamente la decisione che ha rifiutato di fornirle le informazioni.

69. Alla luce di tale premessa, di tali questioni:

– la quinta chiede se è possibile impugnare separatamente, dinanzi a un giudice, la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di non divulgare le informazioni riservate;

– la sesta, in caso di risposta affermativa alla questione precedente, si interroga sul «dovere» dell'operatore di presentare «all'amministrazione aggiudicatrice un reclamo» contro la

[22] Anche l'articolo 9 della direttiva 2016/943 fa riferimento all'equilibrio tra la protezione della riservatezza delle informazioni e la tutela in giudizio.

[23] Ai punti da 64 a 76 di tale ordinanza, il giudice del rinvio spiega le ragioni per cui ha sollevato le questioni dalla quarta alla nona. Il fatto è che queste ragioni non sempre corrispondono esattamente alla formulazione delle corrispondenti questioni.

[24] Ciò è quanto sottolineato dalla Klaipėdos autobusų parkas nelle sue osservazioni scritte, punti 81 e 82.

decisione di quest'ultima recante rigetto della sua domanda di accesso alle informazioni riservate;

– la settima, infine, in caso di risposta affermativa alle questioni precedenti, solleva il dubbio se l'operatore possa «agire in giudizio esclusivamente in merito al rifiuto di fornirgli le informazioni» richieste.

70. La risposta a tali interrogativi deve muovere dalla clausola generale di cui all'articolo 1, paragrafo 1, ultimo comma, della direttiva 89/665. Il controllo cui essa si riferisce si estende a tutte le decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice che attuano il diritto dell'Unione in tale materia [25].

71. Tra queste decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice suscettibili di riesame rientrano, logicamente, quelle che decidono sull'aggiudicazione dell'appalto scegliendo una delle offerte, ma anche altre di natura diversa (ad esempio quelle che adottano o respingono provvedimenti cautelari) che incidono sulla situazione giuridica degli interessati [26].

72. Una delle decisioni nelle quali l'amministrazione aggiudicatrice attua il diritto dell'Unione (in particolare l'articolo 21 della direttiva 2014/24), rendendola potenzialmente soggetta a ricorso, è quella di considerare talune informazioni riservate e non consentirne la divulgazione, o autorizzarla in tutto o in parte.

73. La direttiva 89/665 non ha «formalmente previsto il momento a partire dal quale è garantita la possibilità di proporre un ricorso prevista al suo articolo 1, paragrafo 1» [27]. Ciò che la Corte di giustizia raccomanda è che si garantisca che le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci e, in particolare, quanto più rapidi possibile.

74. Il legislatore dell'Unione ha conferito agli Stati membri il compito di precisare le «modalità» delle procedure di ricorso contro le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici (articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665) [28].

75. Spetta altresì agli Stati membri, nei limiti previsti dall'articolo 2 della direttiva 89/665, la scelta di affidare tali ricorsi a organi giurisdizionali in senso stretto o a organi di altra natura [29]. Dall'ordinanza di rinvio risulta tuttavia che, in Lituania, i ricorsi contro le decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice, comprese quelle adottate da quest'ultima nell'ambito della procedura precontenziosa di risoluzione delle controversie amministrative, sono affidati a organi giurisdizionali.

[25] Sentenza del 5 aprile 2017, Marina del Mediterráneo e a. (C-391/15, EU:C:2017:268), punto 26: «il tenore letterale dell'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665 presuppone, visto l'impiego dell'espressione "per quanto riguarda le procedure", che qualsiasi decisione di un'amministrazione aggiudicatrice che ricada sotto le norme di diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici e sia idonea a violarle sia assoggettata al controllo giurisdizionale previsto dall'articolo 2, paragrafo 1, lettere a) e b), della medesima direttiva».

[26] Ibidem, punto 27. La Corte di giustizia sostiene quindi che un'«estesa accezione della nozione di "decisione" di un'autorità aggiudicatrice è confermata dal fatto che la disposizione di cui all'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665 non prevede alcuna restrizione per quanto riguarda la natura e il contenuto delle decisioni da essa contemplate».

[27] Ibidem, punto 31.

[28] Ibidem, punto 32: «In mancanza di una disciplina dell'Unione che fissi il momento a partire dal quale deve essere garantita la possibilità di ricorso, conformemente a una giurisprudenza costante, spetta al diritto nazionale disciplinare le modalità del procedimento giurisdizionale inteso a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione», con le limitazioni inerenti ai principi di effettività e di equivalenza.

[29] L'articolo 2, paragrafo 9, prevede la possibilità che gli organi responsabili delle procedure di ricorso non abbiano natura giurisdizionale nonché la possibilità di costituire «organi indipendenti» composti da membri aventi uno status analogo, per certi aspetti, a quello dei giudici.

76. Gli Stati membri possono quindi, in linea di principio, disciplinare i ricorsi contro le decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice prevedendo che questi siano promossi sia contestualmente sia separatamente (dall'impugnazione principale). La direttiva 89/665 non impone né esclude nessuno di questi due meccanismi.

77. Se, nell'esercizio della loro autonomia procedurale, gli Stati membri optano per l'impugnazione contestuale, essi devono farlo senza contravvenire agli scopi della direttiva 89/665 per quanto riguarda gli imprescindibili obiettivi di efficacia e rapidità. Essi devono inoltre tenere conto:

– che la direttiva «non autorizza gli Stati membri a subordinare l'esercizio del diritto di ricorso al fatto che la procedura di appalto pubblico di cui trattasi abbia formalmente raggiunto una fase determinata» [30];

– che, in funzione delle sue caratteristiche, una normativa nazionale che «richieda, in ogni caso, che l'offerente attenda la decisione di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi prima di poter proporre un ricorso contro l'ammissione di un altro offerente viola le disposizioni della direttiva 89/665» [31].

78. Gli obiettivi di rapidità ed efficacia possono essere conseguiti più facilmente mediante i meccanismi di «impugnazione separata» evocati dal giudice del rinvio. Un siffatto ricorso, oltre ad essere conforme al requisito di rapidità, può essere coniugato con quello di efficacia, consentendo che l'impugnazione (principale) della decisione nel merito (vale a dire contro l'aggiudicazione) intervenga una volta fornite le informazioni necessarie alla tutela effettiva del diritto dell'interessato [32].

79. Si potrebbe obiettare che i ricorsi autonomi rischiano di ritardare la conclusione della procedura di selezione del concorrente. Secondo la Corte di giustizia, a una siffatta obiezione si ribatte adducendo la «(...) giustificazione dei termini ragionevoli di decadenza dei ricorsi avverso le decisioni impugnabili, e non già l'esclusione di un ricorso autonomo» [33].

80. In linea di principio, quindi, poiché l'impugnazione autonoma è conforme alla direttiva 89/665, nulla impedisce alla norma nazionale di ammetterla.

81. Se, invece, il diritto nazionale esigesse che la decisione relativa alla riservatezza sia impugnata insieme a quella di aggiudicazione dell'appalto, il giudice dovrebbe valutare se tale esigenza preservi in pari misura l'effetto utile della direttiva 89/665, quanto alla rapidità e all'efficacia di tale meccanismo di impugnazione.

82. L'autonomia procedurale degli Stati membri si estende anche all'introduzione, facoltativa, di un ricorso preliminare dinanzi all'amministrazione aggiudicatrice. L'articolo 1, paragrafo 5, della direttiva 89/665 non osta a che una normativa nazionale prescriva «che il soggetto interessato proponga in primo luogo un ricorso presso l'amministrazione aggiudicatrice».

30 Sentenza del 5 aprile 2017, Marina del Mediterraneo e a. (C-391/15, EU:C:2017:268), punto 31.

31 Ibidem, punto 34.

32 La Ecoservice ha chiesto l'accesso alle informazioni il 4 dicembre 2018 per preparare il ricorso contro la decisione di aggiudicazione dell'appalto.

33 Sentenza del 5 aprile 2017, Marina del Mediterráneo e a. (C-391/15, EU:C:2017:268, punto 35).

83. L'articolo 2 della direttiva 89/665 definisce i requisiti per le procedure di ricorso di cui all'articolo 1, sia che si tratti di quello presentato in un primo momento dinanzi all'amministrazione aggiudicatrice, sia che si tratti di quello rivolto successivamente a un organo di riesame (nella fattispecie, giurisdizionale).

84. Alla luce di tali considerazioni, ritengo che la direttiva 89/665 non osti a che:

– la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di non divulgare informazioni riservate fornite nell'offerta di un partecipante alla gara d'appalto sia impugnata separatamente dinanzi agli organi giurisdizionali;

– la normativa nazionale imponga all'interessato di proporre in primo luogo, dinanzi all'amministrazione aggiudicatrice, un ricorso contro la decisione di quest'ultima, contraria alla sua domanda di accesso alle informazioni riservate;

– l'interessato proponga un ricorso dinanzi a un giudice solo in relazione al diniego di fornirgli le informazioni richieste.

E. Sulle questioni pregiudiziali ottava e nona

85. Tali questioni riguardano l'interpretazione dell'articolo 9, paragrafo 2, terzo comma, della direttiva 2016/943. Tuttavia, come ho spiegato in precedenza, ritengo che la direttiva 2016/943 non sia direttamente applicabile nella presente causa.

86. Orbene, la direttiva 89/665 consente di fornire una risposta utile al giudice del rinvio.

87. Entrambe le questioni riguardano il comportamento che deve seguire il giudice chiamato a risolvere la controversia, per quanto riguarda: a) la presa in considerazione del precedente comportamento dell'amministrazione aggiudicatrice (ottava questione); e b) la valutazione d'ufficio dei dati di cui si chiede la divulgazione (nona questione) [34].

88. L'amministrazione aggiudicatrice deve decidere se occorra divulgare le informazioni riservate trasmesse da un offerente nella sua offerta. Tale decisione (o quella successiva con la quale la stessa conferma quella precedente, statuendo su un ricorso previsto dal diritto interno) è soggetta a riesame ai sensi dell'articolo 2 della direttiva 89/665.

89. Se, come nel caso di specie, il riesame spetta ad un giudice, quest'ultimo deve essere in grado di valutare in tutta la loro portata le decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice. Può quindi annullarle in tutto o in parte quando ritiene che non siano conformi alla legge.

90. Qualora una di tali decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice, sulle quali è chiamato a esercitare un controllo giurisdizionale, consista nel rifiuto di divulgare talune informazioni che accompagnano un'offerta, il giudice chiamato a effettuare il riesame può dichiarare tale rifiuto giustificato o meno.

[34] Il giudice del rinvio riconosce di dover, in quanto giudice di cassazione, «pronunciarsi solo sulle questioni sollevate dalla convenuta nel suo ricorso per cassazione, vale a dire sulla conformità della capacità tecnica dell'offerente B». Tuttavia, esso, «di propria iniziativa, ha ritenuto di andare oltre l'ambito del ricorso e di pronunciarsi su altri aspetti della controversia tra le parti, non solo basandosi sul motivo della tutela dell'interesse pubblico, ma anche alla luce della situazione specifica che si è verificata nel presente procedimento, in cui all'attrice, in fase precontenziosa e in fase giudiziale, sono state sostanzialmente negate tutte le informazioni alle quali ha richiesto accesso» (punti 36 e 37 dell'ordinanza di rinvio).

91. Prima di pronunciarsi in qualsiasi senso possibile, detto giudice dovrà tenere conto del «comportamento dell'amministrazione aggiudicatrice durante la procedura d'appalto o la procedura di ricorso», per riprendere i termini dell'ordinanza di rinvio.

92. Ciò non significa, logicamente, che il giudice che effettua il riesame sia vincolato dal comportamento dell'amministrazione aggiudicatrice, della cui legittimità si discute in giudizio. Negare all'organo giurisdizionale il potere di correggere e, se del caso, annullare le decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice implicherebbe che atti meramente amministrativi di quest'ultima godrebbero di un'autorità equivalente a quella della cosa giudicata, in violazione del diritto alla tutela giurisdizionale e del sistema di garanzie approntato dalla direttiva 89/665.

93. Il rifiuto di fornire le informazioni richieste, per il motivo che non possano essere divulgate, non osta tuttavia a che il giudice che effettua il riesame analizzi «la pertinenza dei dati di cui si chiede la divulgazione».

94. Tale analisi gli consentirà di avere accesso all'intero fascicolo, comprese le informazioni riservate. La Corte di giustizia ha già affermato, a questo proposito, 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» [35].

95. La possibilità di effettuare una tale analisi d'ufficio o solo su istanza di parte dipenderà ancora una volta dai poteri conferiti dalla normativa nazionale, nel quadro delle procedure di controllo giurisdizionale, a ciascuno degli organi competenti.

F. Conclusione

96. Alla luce di quanto esposto, suggerisco di rispondere alle questioni pregiudiziali dalla quarta alla nona del Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Corte suprema di Lituania) nei seguenti termini:

«1) Gli articoli 21, 50 e 55 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE non impongono necessariamente che l'amministrazione aggiudicatrice fornisca a un partecipante alla procedura di appalto, che impugna dinanzi ad essa la valutazione delle offerte, *tutti* i dati dell'offerta presentata dall'offerente selezionato.

Quando statuisce sul ricorso diretto contro la decisione di valutazione delle offerte, l'amministrazione aggiudicatrice deve motivare la propria risposta illustrando i motivi della sua decisione, al fine di consentirne un'impugnazione efficace dinanzi a un organo di controllo. L'obbligo di motivazione non implica, di per sé, la divulgazione delle informazioni riservate che le siano state trasmesse, qualora ritenga che tale divulgazione non sia opportuna.

2) Gli articoli 1 e 2 della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, 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, devono essere interpretati nel senso che non vietano:

[35] Sentenza Varec, punto 53.

– che la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di non divulgare le informazioni riservate fornite nell'offerta di un partecipante alla gara d'appalto sia impugnata separatamente dinanzi agli organi giurisdizionali;

– che la normativa nazionale imponga all'interessato di proporre in primo luogo, dinanzi all'amministrazione aggiudicatrice, un ricorso contro la decisione di quest'ultima che respinge la domanda di accesso alle informazioni riservate;

– che l'interessato proponga un ricorso dinanzi a un giudice solo in relazione al diniego di fornirgli le informazioni richieste.

3) Gli articoli 1 e 2 della direttiva 89/665 devono essere interpretati nel senso che l'organo competente a riesaminare le decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice:

– deve avere il potere di annullare le decisioni prese dall'amministrazione aggiudicatrice in merito alla divulgazione delle informazioni riservate messe a sua disposizione e di ordinare, se del caso, che siano messe a disposizione del ricorrente;

– può, se il diritto nazionale lo consente, valutare d'ufficio la legalità degli atti dell'amministrazione aggiudicatrice, tenendo conto delle informazioni riservate messe a sua disposizione».