

Causa C-54/21

**Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98,
paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia**

Data di deposito:

29 gennaio 2021

Giudice del rinvio:

Krajowa Izba Odwoławcza (Polonia)

Data della domanda di pronuncia pregiudiziale:

22 dicembre 2020

Ricorrenti:

ANTEA POLSKA S.A.

«Pectore-Eco» sp. z o.o.

Instytut Ochrony Środowiska - Państwowy Instytut Badawczy

Resistente:

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie

Altre parti del procedimento:

ARUP Polska sp. z o.o.

CDM Smith sp. z o.o.

Multiconsult Polska sp. z o.o.

ARCADIS sp. z o.o.

HYDROCONSULT sp. z o.o. Biuro Studiów i Badań
Hydrogeologicznych i Geofizycznych

Oggetto del procedimento davanti al giudice nazionale

Ricorso proposto nel procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico relativo alla «elaborazione di progetti relativi alla seconda attuazione del piano di gestione dei bacini idrografici (II aPGW), e unita metodologia», riguardante azioni poste in essere o omesse da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie (Agenzia nazionale delle acque - acque polacche, Polonia) nell'ambito del procedimento di cui trattasi.

Oggetto e fondamento normativo della domanda pregiudiziale

La questione pregiudiziale di cui trattasi si riferisce a due gruppi di problemi, il primo relativo all'applicazione della riservatezza, da parte di operatori economici, a un'informazione in quanto segreto commerciale e il secondo relativo alla determinazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, di criteri di valutazione delle offerte non fondati sul prezzo e alle modalità della loro valutazione.

La domanda è stata proposta ai sensi dell'articolo 267 TFUE.

Questioni pregiudiziali

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

2) Se i principi, previsti all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE, di trattamento paritario e non discriminatorio degli operatori economici e di trasparenza ammettano l'interpretazione dell'articolo 21, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, e dell'articolo 2, punto 1, della direttiva 2016/943, secondo la quale operatori economici che concorrono per aggiudicarsi un appalto pubblico

possono applicare la riservatezza ai documenti indicati agli articoli 59 e 60 della direttiva 2014/24/UE nonché nell'allegato XII della direttiva 2014/24/UE, per intero o in parte, in quanto segreto commerciale, in particolare per quanto riguarda l'indicazione dell'esperienza acquisita, delle referenze, dell'elenco del personale incaricato di eseguire l'appalto e le sue competenze professionali, i nomi e le capacità dei soggetti sui quali facciano affidamento o dei subappaltatori, qualora tali documenti siano richiesti al fine di dimostrare la sussistenza dei requisiti di partecipazione alla procedura di aggiudicazione o al fine di valutare, in base ai criteri di valutazione, le offerte o al fine di accertare la sussistenza di altre condizioni imposte dall'amministrazione aggiudicatrice e indicate negli atti della procedura (bando d'appalto, capitolato d'onere dell'appalto).

3) Se i principi, previsti all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE, di trattamento paritario e non discriminatorio degli operatori economici e di trasparenza in combinato disposto con gli articoli 58, paragrafo 1, 63, paragrafo 1, e 67, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2014/24/UE ammettano che un'amministrazione aggiudicatrice possa acquisire contestualmente una dichiarazione in cui un operatore economico attesta di disporre dei mezzi personali propri o facendo affidamento su altri soggetti o subappaltatori, come richiesto dall'amministrazione aggiudicatrice, disponibilità che deve essere dimostrata all'amministrazione aggiudicatrice ai sensi delle disposizioni normative, e una dichiarazione secondo cui già la mera divulgazione dei dati riguardanti tali persone o soggetti (cognomi, nomi, esperienza, capacità) agli operatori economici concorrenti possa provocare la loro «captazione» da parte di tali operatori economici e che quindi sia necessario che tali informazioni siano coperte dal segreto commerciale. Alla luce di quanto sopra, se un legame così instabile tra l'operatore economico e tali persone e soggetti possa configurare la prova che lo stesso operatore disponga di questi mezzi e, in particolare, che all'operatore possano essere assegnati dei punti aggiuntivi previsti nell'ambito dei criteri di valutazione delle offerte.

4) Se i principi, previsti all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE, di trattamento paritario e non discriminatorio degli operatori economici e di trasparenza ammettano l'interpretazione dell'articolo 21, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE, e dell'articolo 2, punto 1, della direttiva 2016/943, secondo la quale gli operatori economici che concorrono per aggiudicarsi un appalto pubblico possono applicare la riservatezza in quanto segreto commerciale ai documenti richiesti al fine di esaminare la conformità dell'offerta ai requisiti indicati nel capitolato d'onere dell'appalto (tra cui nella descrizione dell'oggetto dell'appalto) o al fine di valutare l'offerta secondo i criteri di valutazione della stessa, in particolare, quando questi documenti si riferiscono alla sussistenza dei requisiti richiesti dall'amministrazione aggiudicatrice nel capitolato d'onere, nelle disposizioni di legge o in altri documenti comunemente accessibili o accessibili agli interessati, in particolare, quando tale valutazione non avviene in base a schemi oggettivamente comparabili e in base a indici matematici od oggettivi suscettibili di misurazione e comparazione, ma in base ad una valutazione individuale dell'amministrazione aggiudicatrice. Conseguentemente, se l'articolo

21, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE e l'articolo 2, punto 1, della direttiva 2016/943 possano essere interpretati nel senso che si può considerare segreto commerciale di un determinato operatore economico una dichiarazione dallo stesso depositata nell'ambito dell'offerta di esecuzione di un determinato oggetto dell'appalto secondo i criteri indicati dall'amministrazione aggiudicatrice nel capitolato d'onere dell'appalto, controllati e valutati dall'amministrazione aggiudicatrice dal punto di vista della conformità con tali requisiti, anche nel caso in cui la scelta delle modalità di realizzazione dell'obiettivo richiesto dall'amministrazione aggiudicatrice (oggetto dell'appalto) spetti all'operatore economico.

5) Se i principi, sanciti all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE, di trattamento paritario e non discriminatorio degli operatori economici e di trasparenza, in combinato disposto con l'articolo 67, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE, ai sensi dei quali i criteri di aggiudicazione non possono implicare che all'amministrazione aggiudicatrice sia concessa una libertà di scelta illimitata ma devono garantire la possibilità di una concorrenza effettiva e consentire una verifica efficace delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione dell'appalto, permettano ad un'amministrazione aggiudicatrice di prevedere un determinato criterio di valutazione delle offerte, in particolare di un criterio che dipenda da un giudizio proprio dell'amministrazione aggiudicatrice, anche se già al momento della previsione di tale criterio è noto che gli operatori economici invocheranno la riservatezza della parte dell'offerta relativa a tale criterio come segreto commerciale, alla qual cosa l'amministrazione aggiudicatrice non si opporrà, con la conseguenza che gli operatori economici concorrenti, non potendo verificare le offerte dei concorrenti e confrontarle con le proprie, avranno l'impressione che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti un'assoluta discrezionalità nell'esaminare e valutare le offerte.

6) Se i principi, previsti all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE, di trattamento paritario e non discriminatorio degli operatori economici e di trasparenza, in combinato disposto con l'articolo 67, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE, ai sensi dei quali i criteri di aggiudicazione non possono implicare che all'amministrazione aggiudicatrice sia concessa una libertà di scelta illimitata ma devono garantire la possibilità di una concorrenza effettiva e consentire una verifica efficace delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione dell'appalto, possano essere interpretati nel senso che permettono all'amministrazione aggiudicatrice di prevedere un criterio di valutazione delle offerte come nella presente fattispecie, ossia «concezione dello sviluppo del progetto» e «descrizione del metodo di realizzazione dell'appalto».

7) Se l'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti

pubblici (in prosieguo: la «direttiva sui ricorsi»), che impone agli Stati membri di garantire agli operatori economici la possibilità di proporre un ricorso efficace avverso le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici nonché di rendere accessibili le procedure di ricorso a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione, debba essere inteso nel senso che l'accertamento da parte di un organo giudicante del fatto che i documenti, indicati da un operatore economico in un determinato procedimento come riservati, non siano coperti da segreto commerciale e di conseguenza ne sia ordinata la divulgazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice e l'esibizione agli operatori economici concorrenti - sempre che tale effetto non derivi direttamente dalla legge - comporti che l'organo giudicante abbia il dovere di adottare una decisione che permetta al ricorrente di proporre un ulteriore ricorso, relativo agli aspetti legati al contenuto dei documenti di cui non aveva alcuna conoscenza previa e riguardo ai quali, per questa ragione, non poteva avvalersi efficacemente degli strumenti di tutela giurisdizionale, avverso un atto non più impugnabile per il decorso del relativo termine, ad esempio mediante l'annullamento dell'atto di verifica e di valutazione delle offerte alle quali si riferiscono i documenti in oggetto riservati in quanto segreto commerciale.

Disposizioni di diritto europeo rilevanti

Direttiva 2014/24/UE: articolo 18, paragrafo 1, articolo 21, paragrafo 1, articolo 55, paragrafi 2 e 3, articolo 56, paragrafi 1 e 2, articolo 58, paragrafo 4, articolo 59, articolo 60, paragrafo 1, articolo 63, paragrafo 1, articolo 67, articolo 71, paragrafo 2.

Direttiva 2016/943: articolo 2, paragrafo 1.

Direttiva 2007/66: articolo 1, paragrafi 1 e 3.

Disposizioni di diritto nazionale rilevanti

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Legge del 29 gennaio 2004 – Diritto degli appalti pubblici, Polonia; in prosieguo: la «legge sugli appalti pubblici»; Dz. U. 2004, numero 19, posizione 177)

Articolo 7

L'amministrazione aggiudicatrice deve preparare e condurre la procedura di aggiudicazione di un appalto in modo da garantire la concorrenza leale e la parità di trattamento degli operatori economici nel rispetto dei principi di proporzionalità e di trasparenza.

Articolo 8

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

Articolo 36b, paragrafo 1

L'amministrazione aggiudicatrice esige che l'operatore economico indichi le parti dell'appalto che questi intende affidare in subappalto e le imprese subappaltatrici.

Articolo 91

1. L'amministrazione aggiudicatrice sceglie l'offerta più vantaggiosa in base ai criteri di valutazione delle offerte stabiliti nel capitolato d'oneri dell'appalto.
2. I criteri di aggiudicazione dell'appalto sono il prezzo o il costo oppure il prezzo o il costo e gli altri criteri riguardanti l'oggetto dell'appalto, in particolare:
 - 1) la qualità, che comprende parametri tecnici, caratteristiche estetiche e funzionali;
 - 2) le caratteristiche sociali, tra cui integrazione professionale e sociale delle persone, di cui all'articolo 22, paragrafo 2, accessibilità delle persone portatrici di handicap o la considerazione dei bisogni degli utenti;
 - 3) le caratteristiche ambientali, tra cui l'efficienza energetica dell'oggetto dell'appalto;
 - 4) le caratteristiche innovative;
 - 5) organizzazione, qualifiche ed esperienza professionale del personale incaricato di eseguire l'appalto, qualora tali criteri possano avere un'incidenza significativa sulla qualità d'esecuzione dell'appalto;
 - 6) servizi post-vendita e assistenza tecnica, condizioni di consegna, quali data di consegna, metodo e tempi di consegna o di esecuzione.

(...)

2d. L'amministrazione aggiudicatrice determina i criteri di aggiudicazione in modo univoco e comprensibile, in modo tale da permettere il controllo delle informazioni fornite dagli operatori economici.

(...)

Articolo 96

1. Durante la procedura di aggiudicazione dell'appalto l'amministrazione aggiudicatrice redige un verbale che deve indicare quantomeno:

(...)

5) il nome e il cognome o la denominazione dell'operatore economico la cui offerta è stata scelta come la più vantaggiosa e i motivi della scelta della sua offerta nonché, se ciò è noto, la parte dell'appalto o dell'accordo quadro che tale operatore intende affidare in esecuzione ai soggetti terzi e, qualora ciò sia noto in tale momento, i nomi e i cognomi o le denominazioni di eventuali subappaltatori;
(...)

7) nei casi specifici, gli esiti della verifica delle cause di esclusione, della valutazione della sussistenza dei requisiti di partecipazione alla procedura o dei criteri di selezione, tra cui:

a) il nome e il cognome o la denominazione degli operatori economici non esclusi e che hanno dimostrato di possedere i requisiti di partecipazione alla procedura o di rispettare i criteri di selezione ed i motivi della scelta di tali operatori economici,

b) i nomi e i cognomi o le denominazioni degli operatori economici esclusi e che non hanno dimostrato di possedere i requisiti di partecipazione alla procedura o di rispettare i criteri di selezione ed i motivi del loro mancato invito a partecipare alla procedura;

8) i motivi di rigetto delle offerte;

(...)

2. Le offerte, i pareri dei tecnici, le dichiarazioni, le informazioni sulle sedute di cui all'articolo 38, paragrafo 3, le comunicazioni, le istanze e gli altri documenti e le informazioni depositate dall'amministrazione aggiudicatrice e dagli operatori economici nonché il contratto di appalto costituiscono gli allegati del verbale.

3. Il verbale, unitamente agli allegati, è pubblico. Gli allegati al verbale sono resi noti dopo la scelta dell'offerta più vantaggiosa o dopo l'annullamento della procedura, mentre le offerte sono rese note al momento della loro apertura, le

offerte preliminari dalla data dell'invito a presentare offerte e le istanze di ammissione alla partecipazione alla procedura dalla data della comunicazione degli esiti delle verifiche di sussistenza dei requisiti di partecipazione alla procedura.

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (legge del 16 aprile 1993 sulla lotta alla concorrenza sleale, Polonia; in prosieguo: la «legge sulla lotta alla concorrenza sleale»; Dz.U. del 2020, posizione 1913)

Articolo 11, paragrafo 2

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

Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Regolamento del Ministro dello sviluppo del 26 luglio 2016, relativo ai tipi di documenti che l'amministrazione aggiudicatrice può richiedere agli operatori economici nella procedura di aggiudicazione di un appalto, Polonia; Dz.U. del 2020, posizione 1282)

Articolo 2, paragrafo 4

Ai fini della prova del rispetto da parte dell'operatore economico dei requisiti di partecipazione alla procedura o dei criteri di selezione che riguardano le capacità tecniche o professionali l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere i seguenti documenti

- 1) (...)
- 2) elenco delle forniture o dei servizi eseguiti e, nel caso di prestazioni periodiche o continuative, anche di quelle in corso di esecuzione, negli ultimi tre anni precedenti la scadenza del termine per la presentazione delle offerte o delle domande di partecipazione alla procedura e, qualora il periodo di esercizio dell'attività sia più breve, in quest'ultimo periodo, unitamente all'indicazione del loro valore, oggetto, delle date di esecuzione e dei soggetti a favore dei quali le forniture o i servizi sono stati eseguiti, devono essere allegati gli elementi di prova volti a dimostrare che sono stati eseguiti o che la loro esecuzione procede, in modo corretto, costituiti da referenze o da altri documenti rilasciati dai soggetti in favore dei quali le forniture o i servizi sono stati eseguiti o, nel caso di forniture o di servizi periodici o continuativi, vengono eseguiti, o se per motivi di carattere oggettivo l'operatore economico non sia in grado di ottenere tale documentazione, una dichiarazione dell'operatore stesso; nel caso di forniture o di servizi periodici

o continuativi che l'operatore continui ad eseguire, le referenze o gli altri documenti che confermino la loro corretta esecuzione devono essere emessi non prima di tre mesi dalla scadenza del termine per il deposito delle offerte o delle domande di ammissione a partecipare alla procedura;

3) elenco degli strumenti, delle attrezzature dell'impresa o degli apparecchi tecnici di cui dispone l'operatore economico al fine di eseguire l'appalto pubblico unitamente all'informazione sul titolo in base al quale dispone di tali risorse;

4) descrizione delle apparecchiature tecniche e degli strumenti tecnico-organizzativi utilizzati dall'operatore economico al fine di garantire la qualità nonché la descrizione delle strutture di ricerca e di analisi che possiede l'operatore o di cui può disporre;

5) elenco dei sistemi di gestione e di controllo della catena di forniture che l'operatore economico potrà adottare ai fini dell'esecuzione dell'appalto pubblico;

(...)

10) elenco del personale incaricato dall'operatore economico di eseguire l'appalto pubblico, in particolare del personale responsabile della prestazione del servizio, del controllo qualità o del coordinamento delle opere edili, unitamente alle informazioni relative alle loro competenze professionali, alle abilitazioni, all'esperienza e alla formazione necessarie al fine di eseguire l'appalto pubblico, tra cui anche riguardo all'ambito della loro attività, nonché le informazioni sul titolo in base al quale può disporre di tali persone.

Breve esposizione dello stato di fatto e del procedimento

- 1 La controversia nella presente causa riguarda la procedura, indetta dalla Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie (Agenzia nazionale delle acque), di aggiudicazione di un appalto pubblico avente ad oggetto l'«elaborazione di progetti relativi alla seconda attuazione del piano di gestione dei bacini idrografici (II aPGW), e unita metodologia», svolta in forma di procedura aperta. L'appalto è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea con il numero 2019/S 245-603343.
- 2 I piani di gestione dei bacini idrografici rientrano tra i documenti di programmazione fondamentali, la cui elaborazione e attuazione è imposta dalle disposizioni della direttiva quadro delle acque [direttiva 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2000, che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque (GU 2000, L 327, pag. 1)] e della Ustawa z dnia 20 lipca 2017 r. Prawo wodne (legge del 20 luglio 2017, diritto delle acque, Dz.U. del 2018, posizione 2268, come modificata). Tali documenti costituiscono la base per emettere decisioni che disciplinano lo stato delle risorse idriche e le regole della loro gestione futura e servono per coordinare l'attività riguardante lo stato delle acque e degli ecosistemi, le risorse idriche, l'utilizzo

idrico, l'introduzione nelle acque e nel suolo di sostanze che potrebbero avere un effetto negativo sulle acque, la tutela contro le inondazioni e la prevenzione degli effetti della siccità. L'appalto riguardava l'attuazione periodica di tali piani e doveva essere eseguito in quattro fasi; fase I: elaborazione dei progetti II aPGW e unità metodologia; fase II: consultazioni sociali sui progetti II aPGW nonché esecuzione di una valutazione strategica dell'impatto sull'ambiente; fase III: elaborazione di un piano di gestione relativo ai progetti II aPGW; fase IV: stesura di una relazione destinata alla Commissione europea ed elaborazione di una banca dati relativa a II aPGW.

- 3 Nel capitolato d'oneri dell'appalto l'amministrazione aggiudicatrice ha indicato un livello minimo di esperienza che l'operatore economico che concorre nell'aggiudicazione dell'appalto è tenuto a dimostrare e ha descritto la squadra richiesta per eseguire l'appalto, indicando il livello minimo di esperienza, di preparazione e di competenze dei componenti della squadra. L'amministrazione aggiudicatrice ha ricordato, altresì, che l'operatore economico che si affida alle capacità di altri soggetti deve dimostrare che nell'esecuzione dell'appalto disporrà delle necessarie capacità di tali soggetti, producendo, in particolare, la dichiarazione di impegno di tali soggetti a mettere a sua disposizione il personale necessario al fine di eseguire l'appalto. Gli operatori economici avevano l'obbligo di fornire i documenti di prova standardizzati previsti nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici: documento di gara unico europeo, elenco degli appalti eseguiti con le referenze, elenco del personale incaricato di eseguire l'appalto e dei soggetti che mettono a disposizione dell'operatore le risorse. Ai sensi dell'articolo 36b, paragrafo 1, della legge sugli appalti pubblici, l'amministrazione aggiudicatrice ha imposto agli operatori economici di indicare se avrebbero eseguito l'appalto avvalendosi di subappaltatori nonché di indicare le ditte (denominazioni) dei medesimi e le parti dell'appalto che si intendeva affidare loro. Nel modulo dell'offerta dovevano essere indicati i documenti che potevano essere acquisiti da banche dati gratuite e comunemente accessibili (il nome del documento e l'indirizzo della pagina internet).
- 4 Nella procedura le offerte sono state presentate da: 1. operatori economici che hanno concorso congiuntamente nell'aggiudicazione dell'appalto: ANTEA POLSKA spółka akcyjna, con sede a Katowice, «Pectore-Eco» Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, con sede a Gliwice, e Instytut Ochrony Środowiska - Państwowy Instytut Badawczy (Istituto nazionale per la tutela dell'ambiente – Istituto nazionale di analisi), con sede a Varsavia (in prosieguo: i «ricorrenti»); 2. ARUP Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, con sede a Varsavia (in prosieguo: la «Arup»); 3. CDM Smith Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, con sede a Varsavia (in prosieguo: la «CDM»); 4. operatori economici che hanno concorso congiuntamente nell'aggiudicazione dell'appalto: Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, con sede a Varsavia, ARCADIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą, con sede a Varsavia, HYDROCONSULT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, con sede a Varsavia, Biuro Studiów i Badań Hydrogeologicznych i

Geofizycznych (Ufficio degli studi e delle analisi idrogeologici e geofisici, Polonia), con sede a Varsavia (in prosieguo: la «Multiconsult»).

- 5 Le offerte sono state valutate in base ai criteri di aggiudicazione dell'appalto [due criteri relativi alla qualità – «concezione dello sviluppo del progetto» (incidenza: 42) e «descrizione del metodo di esecuzione dell'appalto» (incidenza: 18) e il criterio relativo al prezzo (incidenza: 40)].
- 6 In base al criterio di «concezione dello sviluppo del progetto» l'offerta doveva descrivere i metodi di approccio alla realizzazione dell'appalto:
 1. approccio metodologico per l'elaborazione di un pacchetto di azioni (in relazione a ciascuna azione, i metodi di: valutazione dell'efficacia e della fattibilità al fine di conseguire gli obiettivi ambientali per ciascun corpo idrico, esecuzione dell'analisi costo-efficacia, descrizione del modo in cui la sua realizzazione incide sui corpi idrici di superficie/di sottosuolo, descrizione dei costi di esecuzione e delle fonti di finanziamento tenendo conto dei fondi nazionali e dei fondi europei, elaborazione di una verifica climatica dei progetti, descrizione delle conseguenze socio-economiche della loro esecuzione, indicazione delle azioni prioritarie, descrizione di eventuali sinergie dovute alla sussistenza di altri documenti di programmazione, valutazione in merito a se l'insieme delle azioni proposte per un determinato corpo idrico permetta di conseguire gli obiettivi ambientali tenendo conto dell'attuazione delle azioni programmate per corpi idrici vicini;
 2. approccio metodologico volto all'identificazione delle azioni relative alla conservazione della continuità morfologica nel contesto degli obiettivi ambientali programmati per il corpo idrico, compresa l'esecuzione di un'analisi/valutazione del funzionamento degli impianti esistenti per la migrazione dei pesci (incluso un approccio metodologico volto a individuare le strutture che creino ostacoli alla migrazione, a determinare se le strutture individuate siano dotate di impianti che consentano la migrazione dei pesci, a valutare il funzionamento degli impianti esistenti nel contesto del raggiungimento degli obiettivi ambientali, ad identificare le azioni da intraprendere in questo ambito);
 3. un piano per identificare le deviazioni dal raggiungimento degli obiettivi ambientali e unita motivazione;
 4. un approccio per rappresentare su una mappa l'ubicazione dei corpi idrici superficiali e dei corpi idrici sotterranei in modo da poter localizzare il punto di utilizzo delle acque, quantomeno in relazione alla località, secondo quanto previsto al punto 28, lettera r), di cui alla fase IV della descrizione dell'oggetto dell'appalto.
- 7 Invece, in base al criterio «Descrizione del metodo di esecuzione dell'appalto», l'offerta doveva includere:

1. descrizione dei rischi potenziali per la corretta esecuzione dei singoli compiti in ogni fase dell'appalto, dei modi per prevenirli e contrastarli sotto forma di un registro dei rischi, con una stima del grado di probabilità del loro verificarsi e del livello del pericolo,
 2. struttura organizzativa della squadra: ruoli, ambito di responsabilità rispetto alle competenze dichiarate, flusso di informazioni,
 3. proposte di valori aggiunti, non inclusi nella descrizione dettagliata dell'oggetto dell'appalto, che incidono sulla qualità e sulla realizzazione dell'oggetto dell'appalto.
- 8 I sotto-criteri nell'ambito dei criteri sono stati valutati secondo le tabelle contenenti le valutazioni descrittive che corrispondevano ad un numero determinato di punti. Le valutazioni descrittive stabilivano se i requisiti relativi ai documenti di gara erano stati soddisfatti, se erano stati commessi errori sostanziali, se tutti gli elementi del sotto-criterio erano stati descritti, quanti di essi erano stati descritti in modo chiaro e completo, quante delle soluzioni proposte per un determinato sotto-criterio erano ottimali e garantivano un alto livello di qualità e affidabilità dei risultati dei lavori nonché quanti valori aggiunti, non inclusi nella descrizione dettagliata dell'oggetto dell'appalto e aventi un impatto sulla qualità e sulla realizzazione dell'oggetto dell'appalto, erano stati inclusi nella descrizione.
- 9 Le offerte hanno ricevuto il punteggio seguente:
1. CDM - prezzo [21 517 620 zloty polacchi (PLN)]: 33,61 punti; concezione dello sviluppo del progetto: 29 punti; descrizione del metodo di esecuzione dell'appalto: 12 punti; totale: 74,61 punti (l'offerta più vantaggiosa),
 2. Ricorrenti - prezzo (PLN 18 081 000): 40 punti; concezione dello sviluppo del progetto: 7 punti; descrizione del metodo di esecuzione dell'appalto: 15 punti; totale: 62 punti,
 3. Multiconsult - prezzo (PLN 20 662 770): 35 punti; concezione dello sviluppo del progetto: 14 punti; descrizione del metodo di esecuzione dell'appalto: 9 punti; totale: 58 punti,
 4. Arup - prezzo (PLN 18 240 900): 39,65 punti; concezione dello sviluppo del progetto: 9 punti; descrizione del metodo di esecuzione dell'appalto: 6 punti; totale: 54,65 punti.
- 10 I ricorrenti hanno presentato un ricorso al Prezes Krajowej Izby Odwoławczej (Presidente della Camera nazionale d'appello, Polonia), chiedendo l'annullamento della scelta dell'offerta della CDM, il riesame e la rivalutazione delle offerte e la declassificazione e la messa a disposizione dei documenti e delle informazioni indicate come segreti commerciali dalla CDM, dalla Multiconsult, dalla Arup, relativamente ai criteri di «concezione dello sviluppo del progetto» e di «descrizione delle modalità di esecuzione dell'appalto» nonché i documenti e le

informazioni a cui la CDM ha applicato la riservatezza (elenco dei servizi, elenco delle persone, referenze, punti 5 e 13 del modulo d'offerta), la modifica del punteggio in favore dei ricorrenti e a svantaggio di CDM, la messa a disposizione della motivazione di merito del punteggio attribuito alla CDM, alla Multiconsult e alla Arup e della scelta dell'offerta presentata dai ricorrenti come la più vantaggiosa.

- 11 La Arup, la CDM e la Multiconsult sono intervenute nel procedimento di impugnazione, a sostegno dell'amministrazione aggiudicatrice.
- 12 I ricorrenti hanno sollevato i seguenti motivi:
 - omessa divulgazione delle informazioni in base alle quali sono stati assegnati i punti relativamente ai criteri di qualità e di altre informazioni a cui la CDM non ha efficacemente applicato la riservatezza in quanto segreto commerciale, in violazione dell'articolo 7, paragrafi 1 e 3, in combinato disposto con l'articolo 8, paragrafi 1, 2 e 3, della legge sugli appalti pubblici in combinato disposto con l'articolo 11, paragrafo 2, della legge del 16 aprile 1993 sulla lotta alla concorrenza sleale;
 - omessa fondata motivazione in relazione alla valutazione dei criteri di qualità, in violazione dell'articolo 92, paragrafo 1, in combinato disposto con l'articolo 7, paragrafo 1, della legge sugli appalti pubblici;
 - omessa valutazione delle offerte presentate dai ricorrenti e dalla CDM nel rispetto dei criteri di valutazione delle offerte e selezione dell'offerta presentata dalla CDM come la più vantaggiosa, anche se in base ai criteri di valutazione delle offerte, l'offerta presentata dai ricorrenti avrebbe dovuto essere selezionata come la più vantaggiosa, in violazione dell'articolo 92, paragrafo 1, in combinato disposto con l'articolo 7, paragrafo 1, della legge sugli appalti pubblici.

Argomenti essenziali delle parti nel procedimento davanti al giudice nazionale

- 13 Nella motivazione, i ricorrenti hanno eccepito – in relazione al motivo di omessa divulgazione delle informazioni alle quali la CDM, la Multiconsult e l'Arup non hanno efficacemente applicato la riservatezza in quanto segreto commerciale - che il principio di pubblicità dell'informazione pubblica costituisce uno dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico della Repubblica di Polonia risultante dagli articoli 54 e 61 della Costituzione della Repubblica di Polonia e dalle disposizioni della ustawa o dostępie do informacji publicznej (legge sull'accesso all'informazione pubblica, Polonia; in prosieguo: la «legge sull'accesso all'informazione pubblica») del 6 settembre 2001 (Dz.U, n. 112, posizione 1198). La possibilità di escludere la pubblicità della procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico non può essere oggetto di abuso o essere applicata in modo estensivo poiché il principio di pubblicità della procedura costituisce un principio

sovraordinato e le deroghe allo stesso non possono essere interpretate in modo da limitarlo. Questa facoltà non può essere utilizzata esclusivamente in relazione alla concorrenza tra gli operatori economici; deve essere applicata soltanto nei limiti della definizione contenuta all'articolo 11, paragrafo 2, della legge sulla lotta alla concorrenza sleale. Ai sensi dell'articolo 96, paragrafo 3, della legge sugli appalti pubblici, i verbali e gli allegati sono pubblici e devono essere messi a disposizione di tutti i soggetti interessati, indipendentemente dal loro interesse giuridico o di fatto. Gli operatori economici che concorrono nell'aggiudicazione di un appalto pubblico devono tener conto del fatto che, di norma, le loro offerte saranno pubbliche e devono essere consapevoli delle conseguenze derivanti dalla partecipazione alle procedure previste dalla normativa sugli appalti pubblici.

- 14 Le motivazioni per giustificare l'inclusione nell'ambito del segreto commerciale adottate dagli operatori economici CDM, Multiconsult e Arup sono laconiche e in sostanza si limitano a citare la giurisprudenza. Dall'articolo 8, paragrafo 3, della legge sugli appalti pubblici si evince che è possibile applicare la riservatezza al segreto commerciale solo riguardo alle informazioni che costituiscono un segreto e non quanto a un documento in cui tali informazioni possono essere parzialmente incluse. Tuttavia, gli operatori economici CDM, Multiconsult e Arup hanno applicato la riservatezza a intere serie di documenti in quanto segreto commerciale, senza dimostrare debitamente la legittimità di tale comportamento. L'amministrazione aggiudicatrice avrebbe dovuto verificare dettagliatamente se e in che misura fosse corretto applicare la riservatezza in quanto segreto commerciale, tanto più che i documenti in questione incidevano direttamente sulla valutazione delle offerte, rappresentando complessivamente il 60% del totale dei criteri di valutazione delle offerte. Al contrario, la stessa ha accettato acriticamente le spiegazioni degli operatori economici, il che ha reso difficile ai ricorrenti prendere posizione sulla legittimità dell'attribuzione di un determinato punteggio a tali operatori. Detto comportamento viola direttamente il principio di pubblicità della procedura di appalto pubblico.
- 15 Per quanto riguarda i singoli documenti e le informazioni ai quali i concorrenti hanno applicato la riservatezza, i ricorrenti hanno eccepito che uno dei concorrenti di cui trattasi aveva rivelato questo tipo di informazioni in passato nelle gare d'appalto alle quali si era candidato; che è stata applicata la riservatezza a documenti pubblicati sui siti internet; che gli appalti inclusi nell'elenco riservato si riferivano a servizi forniti alle amministrazioni aggiudicatrici tenute ad applicare la legge sugli appalti pubblici e, pertanto, si trattava di informazioni pubbliche; che l'imprenditore in questione non aveva adottato le misure adeguate per mantenere la riservatezza, nonostante lo avesse dichiarato in un attestato presentato all'amministrazione aggiudicatrice.
- 16 Per quanto riguarda il motivo della mancata motivazione esauriente sui punti assegnati ai concorrenti CDM, Multiconsult e Arup, i ricorrenti hanno sottolineato che, a causa di tale mancata motivazione della decisione relativa al numero dei punti assegnati ai contraenti, non potevano prendere in modo preciso una posizione sulla valutazione effettuata dall'amministrazione aggiudicatrice. La

sinteticità della motivazione della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice, fornita agli operatori economici, ha reso difficile il controllo della correttezza degli atti posto in essere dall'amministrazione aggiudicatrice e il ricorso agli strumenti di tutela giuridica.

- 17 L'amministrazione aggiudicatrice ha sottolineato che il diritto dell'operatore economico di tenere segreta una parte dell'offerta deve essere trattato allo stesso modo del principio di pubblicità del procedimento. Il soggetto che applica la riservatezza alle informazioni deve compiere lo sforzo di chiarire in modo credibile perché le informazioni oggetto di riservatezza meritino la tutela che spetta ad un segreto commerciale, le affermazioni relative a tale aspetto devono essere comprovate e l'argomentazione deve essere convincente, coerente e logica nonché tenere conto della natura del procedimento e delle informazioni riservate. Tutti gli operatori economici si sono attenuti a tali requisiti.
- 18 Uno degli operatori economici intervenuti ha rilevato che la direttiva 2016/943 è stata adottata per tutelare le informazioni che costituiscono un valore economico basato sulla conoscenza e che garantiscono un vantaggio competitivo. Tali informazioni sono considerate dalle imprese alla pari dei brevetti e di altri tipi di proprietà intellettuale. Dal considerando 18 di tale direttiva si evince che essa non esonera le autorità pubbliche dall'obbligo di mantenere riservati i segreti commerciali comunicati loro anche nelle procedure di appalto pubblico. L'obbligo di mantenere riservate le specifiche informazioni, definite dall'operatore economico come segreto commerciale, deriva dall'articolo 21, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE. Un'eccezione al principio generale di pubblicità delle procedure di appalti pubblici (articolo 8, paragrafo 1, della legge sugli appalti pubblici) è il principio della protezione delle informazioni che costituiscono un segreto commerciale ai sensi delle disposizioni sulla lotta contro la concorrenza sleale (articolo 8, paragrafo 3, della legge sugli appalti pubblici). La definizione di segreto commerciale è contenuta nell'articolo 11, paragrafo 2, della legge sulla lotta alla concorrenza sleale. Il principio di pubblicità della procedura di appalti pubblici non ha carattere assoluto. L'amministrazione aggiudicatrice valuta ciò che costituisce o meno un'informazione tutelata dalla legge e in base a tale decisione adotta ulteriori misure di tutela. Gli atti posti in essere dall'amministrazione aggiudicatrice non devono esporre gli operatori economici al rischio di danni derivanti dalla divulgazione delle informazioni.
- 19 Per quanto riguarda il requisito, che è un elemento costitutivo del segreto commerciale, secondo cui l'informazione deve avere un valore economico, ai sensi dell'articolo 39 del TRIPS (l'Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio del 15 aprile 1994, che costituisce l'allegato all'Accordo che istituisce l'Organizzazione Mondiale del Commercio), sono protette le informazioni che hanno valore commerciale in quanto segrete. Ciò significa che una determinata informazione deve avere un certo valore economico per il contraente proprio in ragione del fatto che rimarrà segreta.

- 20 Per quanto riguarda l'applicazione della riservatezza dei documenti soggetti a valutazione nell'ambito dei criteri di qualità, dagli argomenti addotti dall'amministrazione aggiudicatrice e dagli operatori economici intervenuti nel procedimento risulta che si tratti di opere d'autore e di una sorta di proprietà intellettuale dei singoli operatori economici, il loro know-how. Essi costituiscono un'opera ai sensi della ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych (legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi; Polonia; in prosieguo: la «legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi») del 4 febbraio 1994 (Dz. U. 1994, numero 24, posizione 83), riguardo alla quale l'autore – operatore economico ha il diritto esclusivo di utilizzo e di disposizione in tutti i campi di sfruttamento, compreso il diritto di supervisionare l'utilizzo dell'opera e il diritto di decidere sulla prima divulgazione di tale opera. La divulgazione dei documenti in questione potrebbe danneggiare gravemente gli interessi degli operatori economici, in quanto questi documenti hanno un valore economico, e i contraenti hanno adottato misure necessarie per non divulgarli al pubblico, come, tra l'altro: procedure interne appropriate, clausole di riservatezza, regolamenti di lavoro, controllo d'accesso agli edifici, sicurezza dei documenti elettronici (login e password) e sicurezza fisica dei documenti (armadietto).
- 21 L'amministrazione aggiudicatrice ha chiarito che ciascuna delle proposte presentate dagli operatori economici è stata realizzata ai fini della procedura e contiene soluzioni uniche. Le idee in esse contenute non sono tuttavia innovative, poiché l'amministrazione aggiudicatrice non si aspetta innovatività, ma il rispetto dei requisiti dell'appalto, in modo che le soluzioni proposte mirino ad ottenere i migliori risultati possibili e siano corrette. La divulgazione delle proposte può danneggiare gli interessi del suo autore poiché un altro operatore economico potrebbe proporre un termine di esecuzione più breve o un prezzo di realizzazione più basso; una proposta può essere sfruttata perché non costituisce un'attività puntuale, in quanto un determinato appalto si collega ad altri appalti e il personale specializzato o le aziende possono figurare in diversi appalti; sulla base della proposta un concorrente può verificare chi sarà coinvolto nell'esecuzione e una determinata persona può esserne sottratta.
- 22 Per quanto riguarda l'applicazione della riservatezza all'elenco dei servizi e delle referenze, le informazioni indicate nell'elenco dei servizi costituiscono un dato che permetterebbe alla concorrenza di conoscere molti aspetti dell'attività dell'operatore economico (ricostruzione del profilo della sua attività in un determinato periodo, i tipi di contratti eseguiti, i destinatari dei servizi). L'elenco dei servizi mostra anche l'ammontare delle entrate conseguite mediante la prestazione dei servizi e anche questo costituisce un segreto commerciale.
- 23 Per quanto riguarda l'applicazione della riservatezza all'elenco di persone, lo stesso contiene dati che permettono l'identificazione delle persone e ciò potrebbe esporre l'appaltatore a perdite nel caso in cui un concorrente cercasse di acquisire tali persone. Allo stesso modo, i dati del modulo d'offerta contengono informazioni precise relative ai soggetti terzi che forniscono risorse, il che ha un valore commerciale. L'attività degli operatori economici consiste principalmente

nella fornitura di servizi di consulenza e gli stessi non dispongono di altri beni oltre alla proprietà intellettuale creata dai loro dipendenti. La specializzazione dei servizi in questione richiede la disponibilità di personale altamente qualificato e la protezione delle informazioni sulle persone che devono eseguire gli appalti. I dati sulle risorse del personale hanno un significato economico per gli operatori economici e riguardano le regole di funzionamento dell'impresa dell'operatore economico, la sua struttura interna e l'organizzazione della sua attività.

- 24 Dalla tesi espressa dall'amministrazione aggiudicatrice in udienza è emerso inoltre che costituisce una prassi nei procedimenti la segretezza degli studi di questo tipo. Gli operatori economici usano motivazioni standardizzate per applicare la riservatezza a determinate informazioni in quanto segrete. I documenti richiesti dall'amministrazione aggiudicatrice sono interconnessi e non possono essere separati.
- 25 Per quanto riguarda il motivo di omessa motivazione integrale in merito ai punti assegnati, l'amministrazione aggiudicatrice sostiene di aver valutato ciascuno degli aspetti, sotto-criteri e criteri in base alla procedura e alle regole descritte nel capitolato d'onere. Ogni offerta è stata analizzata in dettaglio e la valutazione è stata accompagnata da una motivazione dettagliata, inviata agli operatori economici il 12 marzo 2020. Il livello di dettaglio della motivazione dei punteggi assegnati, fornita a tutti gli operatori economici, permette di controllare facilmente la correttezza del numero di punti assegnati e di verificare in quanti casi una determinata questione è stata valutata come descritta in modo chiaro e completo e quanti valori aggiunti dichiarati sono stati riconosciuti come tali dall'amministrazione aggiudicatrice. Al fine di verificare quanto sopra erano necessarie una lettura e una comprensione specifica delle regole di valutazione delle offerte, mentre i ricorrenti non hanno provveduto in tal senso, come dimostrato dai motivi e dall'interpretazione errata di singoli punti della motivazione relativa alla valutazione delle offerte. Dall'argomentazione dei ricorrenti emerge che non hanno compreso come è stata concepita la valutazione dei singoli criteri e dei sotto-criteri e su questa base formulano nel ricorso tesi e conclusioni errate a sostegno delle presunte irregolarità da parte dell'amministrazione aggiudicatrice o della sua parzialità. Il punteggio di un sotto-criterio dipendeva dal numero delle questioni che soddisfacevano precisi requisiti: ottimizzazione delle soluzioni e garanzia di un alto livello di qualità e di affidabilità dei risultati del lavoro, nonché il numero di elementi non rientranti nell'oggetto dell'appalto che sono stati considerati come aventi un impatto positivo sulla qualità dell'esecuzione dell'appalto. Inoltre, nella tabella che stabilisce le regole per l'attribuzione dei punti, l'amministrazione aggiudicatrice ha specificato che l'espressione «soluzioni ottimali che garantiscono un alto livello di qualità e di affidabilità dei risultati del lavoro» era intesa come «applicazione da parte dell'operatore economico di un adeguato livello di dettaglio nelle analisi e/o di strumenti appropriati e/o di verifica efficace e sostanziale dei dati di partenza e/o adozione di azioni efficaci per garantire la completezza dei dati e delle analisi». Le regole di cui sopra sono state coerentemente applicate dalla commissione di gara nella valutazione di ciascuna delle offerte e non hanno

sollevato alcun dubbio da parte dei ricorrenti o di altri operatori economici nella fase della procedura di gara. Non c'erano dubbi sul metodo di valutazione delle offerte adottato dall'amministrazione aggiudicatrice, dato che non è stata posta alcuna domanda sul capitolato d'oneri, né ci sono state richieste di modifiche a questo proposito. Pertanto, l'amministrazione aggiudicatrice ritiene che tale metodo sia stato correttamente formulato.

Breve motivazione del rinvio

- 26 Il primo gruppo di questioni costituenti l'oggetto della domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda l'applicazione della riservatezza da parte degli operatori economici a determinate informazioni in quanto segreti commerciali.
- 27 Ai sensi della sentenza della Corte del 29 marzo 2012, nella causa C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s., l'amministrazione aggiudicatrice deve trattare i diversi candidati in maniera uguale e leale, di modo che, all'esito della procedura di selezione delle offerte e tenuto conto del risultato della stessa, gli operatori economici non abbiano l'impressione che l'amministrazione aggiudicatrice abbia indebitamente favorito o sfavorito i candidati. Il raggiungimento di un tale effetto è direttamente legato alla trasparenza delle aggiudicazioni degli appalti, che a sua volta è legata alla pubblicità per i partecipanti alla procedura. La pubblicità della procedura può essere limitata, ma il diritto interno non prevede tali limitazioni in relazione ai principi espressi nell'articolo 7, paragrafo 1, della legge sugli appalti pubblici, ossia la concorrenza leale, la parità di trattamento e la trasparenza della procedura. Parimenti, le disposizioni dell'articolo 21, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE e dell'articolo 2, punto 1, della direttiva 2016/943 non dovrebbero comportare una lesione dei principi previsti all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE.
- 28 Nell'ordinamento giuridico polacco, gli operatori economici hanno generalmente pieno accesso alla documentazione della procedura d'appalto pubblico (articolo 96 della legge sugli appalti pubblici). La mancanza o la limitazione di tale accesso mina la fiducia dei contraenti nelle decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici, e quindi nell'intero sistema degli appalti pubblici, a causa della mancanza di trasparenza e della possibilità di verificare l'operato dell'amministrazione aggiudicatrice e dei concorrenti. Questo rende anche difficile, o addirittura impossibile, agli operatori economici utilizzare efficacemente gli strumenti di tutela legale.
- 29 Il controllo degli operatori economici sull'andamento della procedura, la valutazione delle offerte dei concorrenti nonché le verifiche delle offerte e delle informazioni fornite all'amministrazione aggiudicatrice costituiscono una prassi comune negli appalti nazionali che emerge anche dai ricorsi presentati alla Krajowa Izba Odwoławcza (Commissione nazionale di ricorso; in prosieguo: la «Commissione di ricorso»), in cui prevalgono accuse di mancato rigetto di offerte non valide e di mancata esclusione di offerenti che non hanno dimostrato di

soddisfare i requisiti di partecipazione alla procedura o che hanno fornito all'amministrazione aggiudicatrice informazioni false. Gli operatori economici spesso hanno una maggiore conoscenza professionale riguardo all'oggetto dell'appalto e alla situazione in un determinato settore rispetto all'amministrazione aggiudicatrice e sfruttano volentieri il loro accesso alle informazioni pubbliche per verificare le informazioni fornite dai concorrenti, spesso provocando in questo modo una modifica del risultato della procedura.

- 30 Emerge in misura crescente la pratica, volta a contrastare il sopra esposto fenomeno, di applicare la riservatezza ai documenti presentati nel procedimento, o parti di essi, come contenenti segreti commerciali. Tale pratica riguarda i documenti richiesti dall'amministrazione aggiudicatrice, relativi ai motivi di esclusione degli operatori economici dalla procedura, al rispetto dei requisiti di partecipazione alla procedura, alla conformità dell'offerta ai requisiti del capitolato d'onere e ai criteri di valutazione dell'offerta. Applicare la riservatezza a questo tipo di documenti è percepito come un tentativo di nascondere il contenuto di tali documenti ai concorrenti, in modo che questi non notino i motivi di esclusione del contraente dalla procedura o di rifiuto dell'offerta, che l'amministrazione aggiudicatrice stessa non noterebbe, né, eventualmente, contestino l'effettuata valutazione dell'offerta secondo i criteri di valutazione.
- 31 Ai sensi della decisione del Sąd Najwyższy (Corte Suprema, Polonia) del 2005 l'applicazione della riservatezza a determinate informazioni come segreti commerciali, anche qualora tali informazioni non abbiano tale carattere, non comporta il rigetto dell'offerta in quanto non conforme alla legge, ma soltanto l'obbligo di verificare la richiesta di riservatezza e di divulgare tali informazioni da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. Gli operatori economici hanno, quindi, iniziato gradualmente ad applicare la riservatezza di una quantità crescente di informazioni, poiché ciò non comporta conseguenze negative per i medesimi. Le informazioni sono oggetto di riservatezza in modo funzionale, ossia le medesime informazioni vengono sottoposte a riservatezza o divulgate dagli operatori economici a seconda che questo sia vantaggioso o meno per gli stessi. Gli operatori economici spesso applicano la riservatezza a interi documenti e quando viene chiesto a loro in udienza di indicare specificatamente quali parti contengano un segreto e perché, non sono in grado di rispondere o indicano solo i singoli dati o brevi frammenti.
- 32 Da un lato, le amministrazioni aggiudicatrici temono di divulgare documenti riservati, anche se ritengono che questi non costituiscano segreti commerciali, per timore di possibili problemi e risarcimenti. D'altro lato, ciò è conveniente per le stesse, perché in questo modo gli altri operatori economici non sono in grado di visionare tali documenti, il che impedisce loro di contestare efficacemente le decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice e limita i ricorsi contro le sue decisioni.
- 33 La modifica dell'articolo 8, paragrafo 3, della legge sugli appalti pubblici nel 2014, che ha introdotto l'obbligo per gli operatori economici di dimostrare che

l'informazione riservata costituisce un segreto commerciale, ha rappresentato un tentativo di contrastare il problema descritto supra.

- 34 Negli ultimi anni sono state adottate disposizioni, sia nella direttiva 2014/24/UE che nella direttiva 2016/943, che possono causare una crescente incertezza da parte delle amministrazioni aggiudicatrici e degli organi giudicanti su quale sia l'effettiva possibilità per gli operatori economici di applicare la riservatezza a determinate informazioni nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici. Questi dubbi sono principalmente legati ai termini usati in tali direttive.
- 35 Infatti, l'articolo 21, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE prevede che l'amministrazione aggiudicatrice non rivela informazioni comunicate dagli operatori economici e da essi considerate riservate, compresi, in particolare, i segreti tecnici o commerciali nonché gli aspetti riservati delle offerte. Invece, l'articolo 2, punto 1, della direttiva 2016/943 definisce il segreto commerciale come informazioni che «non sono, nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi, generalmente note o facilmente accessibili» e «hanno valore commerciale in quanto segrete». Queste disposizioni sottolineano, quindi, il mero fatto che un'informazione sia tenuta segreta dall'imprenditore e non il carattere di tale informazione. Le disposizioni delle direttive non pongono in risalto nemmeno l'obbligo per il contraente di provare che una determinata informazione o documento costituisca segreto commerciale o l'obbligo dell'amministrazione aggiudicatrice di esaminare se la comunicata riservatezza sia giustificata.
- 36 Gli operatori economici tentano di approfittare della formulazione molto generica delle disposizioni delle direttive e di interpretarle, in particolare l'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 2016/943, come se consentissero loro di applicare la riservatezza a qualsiasi informazione o documento che non vogliono divulgare nel procedimento agli altri operatori economici. Ciò può riguardare qualsiasi documento preparato appositamente per la procedura d'appalto o qualsiasi elemento essenziale dell'offerta. Per gli operatori economici il valore commerciale di tali informazioni deriva proprio dal fatto che sono coperte dal segreto, poiché se non lo fossero i concorrenti potrebbero trovare vizi nelle offerte. Tuttavia, non sembra che questo sia lo scopo della possibilità di garantire agli operatori economici la protezione delle informazioni introdotta dall'articolo 21, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE e dalla direttiva 2016/943. Ciò non corrisponde nemmeno al senso comune di agire in condizioni di concorrenza leale.
- 37 Nel procedimento in oggetto viene contestata l'applicazione della riservatezza a due tipi di documenti: quelli che descrivono la situazione soggettiva dell'operatore economico selezionato relativamente alla sua esperienza, ai soggetti e al personale proposto per eseguire l'appalto e quelli che descrivono il metodo di esecuzione dell'appalto.
- 38 Per quanto riguarda i documenti che descrivono la situazione soggettiva dell'operatore economico scelto relativamente alla sua esperienza, ai soggetti e al

personale proposto per eseguire l'appalto, l'amministrazione aggiudicatrice ha richiesto documenti e informazioni ufficiali e standardizzati definiti dalle norme, ossia gli articoli 59 e 60 e la parte II dell'allegato XII della direttiva 2014/24/UE nonché la legge sugli appalti pubblici e il regolamento sui tipi di documenti che l'amministrazione aggiudicatrice può richiedere all'operatore economico nella procedura di appalto.

- 39 Considerato che il legislatore dell'Unione ha indicato le informazioni specifiche che devono essere fornite alle amministrazioni aggiudicatrici, si può dedurre che abbia ritenuto che tali informazioni non abbiano carattere di segreto commerciale. La portata di queste informazioni è stata determinata dalle condizioni dell'amministrazione aggiudicatrice che al contempo non ha richiesto i dettagli del contratto, in particolare i dati finanziari e altri dati sensibili.
- 40 Per quanto riguarda le informazioni sui progetti ultimati con successo unitamente alle referenze dei destinatari, nonché sulle qualifiche specifiche del personale o dei ricercatori, tali informazioni sono talvolta pubblicizzate e inserite sui siti internet per attirare i futuri clienti e guadagnare prestigio. Non si tratta, pertanto, di segreti commerciali in quanto tali.
- 41 Quando gli operatori economici indicano che il motivo per cui applicano la riservatezza a informazioni è il rischio di acquisizione o di «sottrazione» dei proposti membri di una squadra che mira ad eseguire un appalto o dei soggetti che forniscono le proprie risorse/subappaltatori, sorgono dubbi sull'effettiva relazione tra l'operatore economico e la persona o il soggetto da lui indicato e sulla sua effettiva possibilità di avvalersi di tale persona o soggetto e delle sue risorse. L'operatore economico deve decidere se effettivamente può avvalersi delle risorse indicate, che nel caso della presente gara d'appalto riguardano non solo il rispetto dei requisiti minimi richiesti dall'amministrazione aggiudicatrice ma anche i criteri di valutazione delle offerte. Si tratta di persone che sono indicate nell'ambito dell'esaminato criterio di valutazione e per la cui partecipazione alla procedura viene assegnato un punteggio supplementare.
- 42 In pratica, la Commissione di ricorso non ha riscontrato l'esistenza sul mercato degli appalti pubblici di «sottrazioni» di personale o di soggetti terzi/subappaltatori, come reale problema di tale mercato, o di altre pratiche che non rientrino nei limiti della normale circolazione del personale o della libertà contrattuale tra imprenditori. Il personale specializzato apprezzato in un determinato settore, in particolare in casi di stretta specializzazione, è solitamente conosciuto e un soggetto interessato alla loro assunzione è in grado di contattarli; esistono anche società specializzate in risorse umane. Gli autori dei progetti non nascondono i loro risultati professionali, spesso espongono pubblicamente i loro risultati, soprattutto se svolgono un lavoro di ricerca. Inoltre, quando un compito è interessante e prestigioso dal punto di vista professionale o redditizio, tali persone vogliono eseguirlo, indipendentemente dal soggetto per cui andrebbero a lavorare. Lo stesso vale per i subappaltatori. Parimenti, non esiste alcun divieto che la stessa persona, lo stesso subappaltatore o lo stesso soggetto che fornisce la sua

esperienza sia indicato da più di un operatore economico, in definitiva soltanto un operatore economico si aggiudica l'appalto. Quindi, il fattore decisivo è quale sia l'operatore economico che si aggiudica un determinato appalto e le condizioni di cooperazione che propone. Come emerge dalla direttiva 2016/943, essa non dovrebbe essere interpretata in modo da limitare la libertà di stabilimento, la libera circolazione dei lavoratori o la mobilità dei lavoratori (articolo 1, paragrafo 3, e considerando 13).

- 43 Inoltre, tali dati inclusi nell'offerta possono costituire segreto commerciale prima della presentazione dell'offerta, quando gli operatori economici cercano personale, subappaltatori, soggetti che forniscono risorse, ecc. Tuttavia, una volta che le offerte sono state presentate e visto il divieto di modificare il loro contenuto (articolo 87, paragrafo 1, della legge sugli appalti pubblici), la conoscenza del personale o dei soggetti con cui il concorrente intende collaborare è inutile. A sua volta, l'utilità di tali persone in futuro dipende dal fatto che soddisfino i requisiti specifici richiesti in altri appalti.
- 44 Il secondo tipo di documenti sottoposti a riservatezza dagli operatori economici è costituito dagli studi richiesti dall'amministrazione aggiudicatrice, che dovevano servire ai fini della valutazione delle offerte secondo i criteri di qualità, ossia «concezione dello sviluppo del progetto» e «descrizione delle modalità di esecuzione dell'appalto». Gli operatori economici intervenuti e l'amministrazione aggiudicatrice, nell'indicare le ragioni di riservatezza dei documenti in esame, si richiamano principalmente al fatto che si tratta di loro opere d'autore, opere che costituiscono proprietà intellettuale.
- 45 La Commissione di ricorso dubita che il semplice fatto che una determinata parte dell'offerta possa essere considerata proprietà intellettuale equivalga all'accertamento che essa possa essere coperta dal segreto commerciale. Invero, essa potrebbe configurare segreto commerciale se fosse elaborata per l'uso proprio dell'impresa dell'operatore economico. Tuttavia, un'offerta è elaborata con riferimento ai requisiti del capitolato d'onori dell'appalto, proprio al fine di costituire la base per la verifica della conformità dell'offerta ai requisiti stabiliti nel capitolato d'onori dell'appalto stesso (descrizione dell'oggetto dell'appalto) e la base della valutazione dell'offerta secondo i criteri di valutazione delle offerte. Senza tale scopo è difficile indicare qualsiasi valore di detti progetti. Anche il semplice fatto che il progetto possa essere considerato un'opera intellettuale di un determinato operatore economico non significa che lo stesso sia un segreto in quanto una caratteristica delle opere è la loro pubblicazione con l'indicazione dell'autore. Anche l'affermazione dell'amministrazione aggiudicatrice secondo cui i progetti non contengono soluzioni innovative nel settore, e quindi che contengono conoscenze disponibili ai professionisti, non è stata contestata. Si pongono dubbi sul fatto che la semplice capacità di descrivere ordinatamente una questione possa essere considerata un segreto commerciale.
- 46 L'argomento degli operatori economici relativo al vantaggio competitivo potrebbe essere usato in qualsiasi procedura di gara. Accettare l'ipotesi che la mera

creazione di offerte che soddisfino contemporaneamente i requisiti dell'amministrazione aggiudicatrice e ricevano un punteggio elevato in base ai criteri di valutazione delle offerte configuri un know-how di un operatore economico che costituisce un segreto commerciale, porterebbe gli operatori economici ad applicare la riservatezza a ogni dettaglio della loro offerta.

- 47 Ai sensi del considerando 14 della direttiva 2016/943, le informazioni possono essere considerate un segreto commerciale quando esiste sia un legittimo interesse a mantenere la riservatezza sia una legittima aspettativa circa la tutela di tale riservatezza. Tali know-how o informazioni dovrebbero avere un valore commerciale, sia esso effettivo o potenziale. Invece, nelle posizioni assunte dall'amministrazione aggiudicatrice e degli operatori economici intervenuti ci sono troppi elementi ipotetici e in contrasto con i richiamati argomenti, perché non sorgano dubbi sul fatto che i motivi per i quali si dichiarano riservate le informazioni siano reali e sul fatto che i documenti riservati abbiano un reale valore commerciale, ai sensi del considerando 14. D'altra parte, però, gli operatori economici si oppongono in modo concorde e deciso alla divulgazione delle informazioni. Il tenore delle disposizioni della direttiva 2016/943 solleva dubbi su ciò che è consentito in tale ambito e non esiste una linea giurisprudenziale uniforme e consolidata in relazione alla possibilità di applicare la riservatezza a questo tipo di informazioni come segreto commerciale. Quindi, secondo l'opinione della Commissione di ricorso, è importante che la Corte fornisca una risposta in merito a se l'aspettativa dei contraenti che i suddetti documenti non vengano divulgati dall'amministrazione aggiudicatrice sia giustificata.
- 48 L'applicazione della riservatezza a determinate informazioni in quanto segreto commerciale ha anche l'effetto di limitare, e spesso anche impedire, agli altri operatori economici di utilizzare gli strumenti di tutela giuridica, come si può evincere dai motivi e dagli argomenti del ricorso in esame, in cui i ricorrenti indicano di non essere in grado di presentare una motivazione più completa delle sue ragioni a causa del mancato accesso alle informazioni.
- 49 Un'ulteriore questione riguardante l'utilizzo degli strumenti di tutela giuridica deriva dal fatto che, ai sensi della direttiva sui ricorsi e della legge sugli appalti pubblici, questa possibilità è limitata sia in termini di tempo che di oggetto.
- 50 Per quanto riguarda l'aspetto temporale, l'articolo 182 della legge sugli appalti pubblici prevede dei termini entro i quali può essere presentato un ricorso avverso gli atti posti in essere da un'amministrazione aggiudicatrice. In questo caso, il ricorso può essere presentato solo entro 10 giorni dalla data di pubblicazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice delle informazioni sulla selezione dell'offerta più vantaggiosa e del risultato dell'esame effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice e della valutazione delle offerte, dopo di che l'operatore economico perde il diritto di presentare ricorso, e questo termine non può riiniziare a decorrere (nessuna disposizione prevede tale reintegrazione).

- 51 I ricorrenti hanno presentato il ricorso in relazione all'applicazione della riservatezza alle informazioni in tutte le altre offerte, anche se classificate in posizione inferiore nella graduatoria delle offerte, in quanto dopo il decorso del termine non avrebbero potuto contestare tali riserve, anche se la graduatoria delle offerte fosse cambiata, e hanno sollevato contestazioni in merito alla valutazione dell'offerta della CDM, pur non conoscendo la base di tale valutazione.
- 52 La limitazione della possibilità di impugnazione sul piano oggettivo deriva dal fatto che ai sensi dell'articolo 189, paragrafo 2, punti 4 e 5, della legge sugli appalti pubblici, la Commissione di ricorso rigetta il ricorso quando accerta che il ricorrente richiama esclusivamente le medesime circostanze già esaminate dalla stessa nella causa relativa ad un altro ricorso, riguardante la medesima procedura e proposto dallo stesso ricorrente o quando il ricorso riguarda un atto adottato dall'amministrazione aggiudicatrice in conformità con la sentenza della Commissione di ricorso o di un organo giurisdizionale o, nel caso dell'accoglimento dei motivi di impugnazione esposti nel ricorso, in conformità con la richiesta contenuta nel ricorso stesso. Pertanto, se un operatore economico eccepisce in un ricorso diverse violazioni, come nel presente procedimento, e la Commissione di ricorso accerta che solo alcune di esse si sono verificate, ad esempio la mancata divulgazione di documenti, ma non le violazioni riguardanti la valutazione dell'offerta, l'amministrazione aggiudicatrice sarebbe obbligata soltanto a divulgare i documenti mentre la scelta dell'offerta rimarrebbe invariata, quindi l'operatore economico non potrebbe più contestare l'offerta dell'altro operatore dopo aver esaminato l'intero contenuto dei documenti.
- 53 La Commissione di ricorso si interroga in merito a se, nel caso in cui essa accerti che i documenti riservati non costituiscono segreto commerciale, con conseguente ordine di divulgazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, l'operatore economico abbia la possibilità di presentare nuovamente un ricorso riguardante il loro contenuto, che non conosceva in precedenza, circostanza che, quindi, impediva di utilizzare efficacemente uno strumento di tutela giuridica. Pertanto, qualora tale possibilità in favore dell'operatore economico non derivi direttamente dalla legge (dalla sua formulazione o interpretazione), la Commissione di ricorso si chiede se nella sua sentenza debba riconoscere tale possibilità all'operatore economico, per esempio, ordinando non solo che i documenti in questione siano divulgati ma anche che la procedura di selezione dell'offerta più vantaggiosa sia annullata, permettendo così di presentare un ricorso contro la nuova scelta dell'offerta. In alternativa, la stessa intende sapere se tale possibilità derivi direttamente dalle disposizioni della direttiva sui ricorsi o dalla loro corretta interpretazione.
- 54 Il secondo gruppo di questioni costituenti l'oggetto della domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda la determinazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice dei criteri di valutazione delle offerte diversi dal prezzo e le modalità di valutazione delle stesse. Le modalità di valutazione delle offerte in base a tali criteri potevano non sollevare dubbi nella fase in cui gli operatori economici prendevano conoscenza della loro descrizione nel capitolato d'onori,

tuttavia tali vizi potevano emergere quando l'amministrazione aggiudicatrice ha cercato di valutare in pratica le offerte sulla base di tali criteri.

- 55 Dall'articolo 67, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE emerge che i criteri di valutazione delle offerte stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice non devono avere l'effetto di conferire a quest'ultima una libertà di scelta illimitata e devono garantire la possibilità di una concorrenza effettiva e consentire una verifica efficace delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione ad opera delle offerte. Ciò significa, pertanto, che devono anche garantire la possibilità di verificare la valutazione effettuata dall'amministrazione aggiudicatrice. I criteri diversi dal prezzo, formulati dall'amministrazione aggiudicatrice, riguardanti la valutazione della «concezione dello sviluppo del progetto» e della «descrizione del metodo di esecuzione dell'appalto» sollevano dubbi a questo proposito per diverse ragioni.
- 56 In primo luogo, i criteri in esame non si basano su dati facilmente comparabili e oggettivi, suscettibili di misurazione in modo matematico o fisico, come singoli parametri di efficienza, resistenza, funzionalità, ecc, ma su una valutazione individuale descritta dall'amministrazione aggiudicatrice utilizzando concetti indefiniti del tipo: «descritto in modo vago», «descritto in modo chiaro e completo», «alcuni elementi non sono stati descritti», «le soluzioni proposte sono ottimali e garantiscono un alto livello di qualità e affidabilità dei risultati» o anche «non garantiscono un alto livello di qualità e affidabilità dei risultati», «contiene valori aggiunti che incidono sulla qualità e sull'esecuzione dell'appalto».
- 57 In secondo luogo, i criteri in questione dipendono dal convincimento individuale dell'amministrazione aggiudicatrice in merito alle suddette qualità. Non è possibile nominare un perito per valutare il contenuto degli studi predisposti dagli operatori economici, poiché gli stessi non contengono parametri che possano essere verificati.
- 58 In terzo luogo, la situazione verificatasi dovrebbe essere considerata sotto l'aspetto della possibilità data effettivamente agli operatori economici di preparare adeguatamente le loro offerte secondo un metodo di valutazione predeterminato.
- 59 In quarto luogo, gli operatori economici non avevano la possibilità di conoscere e di esaminare integralmente i materiali valutati dall'amministrazione aggiudicatrice, compresa la possibilità di confrontare se i difetti e i pregi comparabili degli studi degli operatori economici siano stati valutati in modo simile.
- 60 In quinto luogo, nel caso di molti elementi di valutazione era impossibile, per cause non imputabili ai ricorrenti, formulare nel ricorso motivi di impugnazione specifici, disattendendo, così, i principi enunciati nella direttiva sui ricorsi. Ai sensi dell'articolo 192, paragrafo 7, della legge sugli appalti pubblici, la Commissione di ricorso decide nell'ambito dei motivi di impugnazione proposti e non può sostituirsi sul punto al ricorrente. I ricorrenti non sapevano quali motivi di

impugnazione specifici avrebbero dovuto proporre contro la valutazione riguardante la propria offerta, e ancor meno per quanto riguarda la valutazione dell'offerta della CDM. È pur vero che l'amministrazione aggiudicatrice ha dimostrato impegno e ha preparato diverse pagine di motivazione della valutazione effettuata ma ovviamente la stessa non poteva fornire la motivazione completa della valutazione visto che gli studi stessi sono stati coperti dal segreto. Le informazioni chiave sono state sostituite dalla voce: «segreto commerciale».

- 61 In sesto luogo, l'appalto costituisce una prestazione di risultato e non una prestazione dell'operatore economico improntata a diligenza, nell'ambito della quale l'operatore economico deve eseguire un'opera. Tuttavia, l'amministrazione aggiudicatrice non ha richiesto studi nella forma, per esempio, di campioni di progettazione, ma di descrizione di come gli operatori economici intendevano agire. Pertanto, in realtà è difficile accertare in che modo gli studi sottoposti a valutazione si traducano in progetti finali e sorge il dubbio che, di fatto, venga valutata la capacità di produrre studi che risultino adeguati secondo l'amministrazione aggiudicatrice («concezione dello sviluppo del progetto» e «descrizione del metodo di esecuzione dell'appalto») e non la qualità dei servizi appaltati.
- 62 Nella presente procedura l'amministrazione aggiudicatrice ha, quindi, previsto criteri di valutazione delle offerte sotto forma del prezzo, avente un'incidenza del 40%, e criteri diversi dal prezzo, ossia «concezione dello sviluppo del progetto» e «descrizione del metodo di esecuzione dell'appalto», aventi un'incidenza complessiva pari al 60%. Questi criteri si basano su una valutazione aperta effettuata dall'amministrazione aggiudicatrice, non basata su elementi che possono essere verificati in modo matematico o fisico, come dati numerici, parametri, funzionalità, ecc., il che rende molto difficile verificare la valutazione delle offerte effettuata dall'amministrazione aggiudicatrice. Inoltre, tutti gli operatori economici hanno applicato la riservatezza agli studi in esame in quanto segreto commerciale, circostanza che l'amministrazione aggiudicatrice ha previsto, o avrebbe potuto prevedere elaborando i criteri, in considerazione del fatto che in passato documenti analoghi sono stati oggetto di riservatezza, il che rende impossibile non solo verificare la valutazione delle offerte effettuata dall'amministrazione aggiudicatrice ma anche le offerte stesse. Di conseguenza, l'amministrazione aggiudicatrice ha scelto l'offerta con il prezzo più alto tra quelle presentate e il prezzo era l'unico criterio disponibile e verificabile, mentre gli altri criteri che hanno determinato la graduatoria delle offerte sono difficili da verificare.