

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE, GIURIDICHE
E STUDI INTERNAZIONALI

Corso di laurea *Magistrale* in
Scienze del governo e politiche pubbliche



“Il rapporto conflittuale tra il diritto alla conoscenza
e la tutela della riservatezza: l'accesso ai documenti
nel settore degli appalti pubblici.”

Relatore: Prof. ANTONELLA PERINI

Laureando: BEATRICE VERGERIO

matricola N. 2024261

A.A. 2022/2023

Sommario

Introduzione	2
Capitolo 1	8
1.1 L'accesso ai documenti amministrativi	8
1.2 I soggetti titolari ed i soggetti passivi	11
1.3 Le modalità di esercizio	16
1.4 Esclusione dal diritto di accesso.....	19
1.5 La tutela del diritto di accesso	20
1.6 La trasparenza come strumento di controllo.....	23
1.7 L'accesso civico semplice e l'accesso civico generalizzato	27
Capitolo 2.....	33
2.1 I contratti pubblici	33
2.2 Il principio di trasparenza negli appalti pubblici.....	40
2.3 La pubblicità negli appalti pubblici	44
2.4 L'accesso agli atti nel settore degli appalti.....	48
2.5 I casi di esclusione.....	51
2.6 Le modalità di accesso	54
2.7 La ricerca dell'equilibrio nelle sentenze del Corte di Giustizia e del Consiglio di Stato	57
Capitolo 3.....	62
3.1 L'accesso civico negli appalti pubblici	62
3.2 La sentenza dell'Adunanza Plenaria	65
3.3 La giurisprudenza della Corte di Giustizia.....	77
3.4 La trasparenza come strumento preventivo contro la corruzione	83
3.5 Il nuovo codice dei contratti	87
3.6 La trasparenza e l'accesso nel nuovo Codice dei contratti pubblici.....	91
Conclusioni	97
Bibliografia	99

Introduzione

Il principio di trasparenza, a partire dagli anni 90, è diventato un assioma nell'ordinamento giuridico italiano. Prima di allora vi erano forme limitate di accesso ai documenti, quali il "diritto di tutti i cittadini di prendere visione di tutti i provvedimenti adottati dai comuni, dalle province, dai consigli circoscrizionali, dalle aziende speciali di enti territoriali, dalle unità sanitarie locali, dalle comunità montane"¹ previsto dall'art. 25 della legge 816/1995 sugli atti degli Enti Locali e il diritto di accesso alle informazioni sullo stato dell'ambiente disponibili presso gli Uffici della Pubblica Amministrazione previsto all'art. 14 della legge istitutiva del Ministero dell'ambiente n. 349 del 1986.² Tuttavia, è solamente con la legge 142/1990 sulle autonomie locali e la legge 241/1990 che disciplina il procedimento amministrativo che i principi di trasparenza e pubblicità stravolgono il sistema in vigore, fino ad allora fondato sulla segretezza e sul divieto di divulgazione degli atti amministrativi. Tale legge, attraverso la trasparenza e la partecipazione, ha permesso la creazione di una nuova tipologia di rapporto tra il cittadino e l'amministrazione, scardinando l'impostazione autoritaria dell'attore pubblico e aprendosi a nuove forme di collaborazione con la collettività, garantendo una maggiore partecipazione ai processi decisionali secondo una logica democratica e una tutela dei diritti di informazione. Inizialmente il diritto pubblico fu concepito come un rapporto di subordinazione tra lo Stato ed i singoli cittadini, ma il consolidamento del nuovo Stato di diritto ha portato ad una riduzione della pervasiva autorità dell'attore pubblico alla proclamata libertà del singolo. È con l'avvento della legge 241/1990, modificata successivamente dalla legge n.15/2015, che si incomincia a parlare di *trasparenza amministrativa*, al fine di passare da una amministrazione la cui attività non è conoscibile all'esterno ad una aperta ed intellegibile soprattutto attraverso l'accesso ai suoi atti come previsto dall'art. 22 della legge 241/1990 che sancisce il diritto di accesso come il "diritto di prendere visione ed estrarre copia dei documenti amministrativi", e che possa essere esercitato da *"tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di*

¹ L. 27 dicembre 1985, n. 816.

² L. 27 dicembre 1985, n. 816.

*interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso*³. Vi sono dunque dei limiti soggettivi, oggettivi e soprattutto funzionali all'esercizio di tale diritto data l'espressa inammissibilità di istanze di accesso indirizzate ad un controllo generale dell'operato delle pubbliche amministrazioni ed escludendo la sua configurazione come mezzo di controllo democratico del processo decisionale dell'amministrazione da parte della società civile.⁴ Il principio di pubblicità soddisfa l'esigenza di un controllo democratico, di "visibilità" da parte dei cittadini nei confronti dell'attività posta in essere dalla Pubblica Amministrazione. Nei confronti di quest'ultima, infatti, è imposto l'obbligo di pubblicare, comunicare o rendere in qualunque modo accessibile notizie, documenti, atti e procedure. Al principio di trasparenza, invece, viene attribuito il significato di "conoscibilità esterna" dell'azione dell'ente pubblico, assegnando ad esso un valore particolarmente incisivo, poiché, vengono ricondotti sotto l'alveo della trasparenza determinati strumenti pratici per l'esercizio del controllo e per l'accesso dei privati agli atti e documenti di un determinato procedimento amministrativo.⁵ Quanto disciplinato dalla legge n. 241 del 1990, pur rappresentando un importante passo in avanti in tema di accesso agli atti e di partecipazione del cittadino all'attività della Pubblica Amministrazione, è ancora lontano dal concetto di trasparenza amministrativa intesa come strumento e possibilità per il cittadino di partecipare all'attività della Pubblica Amministrazione ed esercitare la funzione di controllo sul suo operato. È, infatti, con la legge Severino, la 190 del 2012, che la trasparenza viene concepito come un vero e proprio strumento oltre che di partecipazione, di prevenzione e contrasto alla corruzione⁶. Anche a livello comunitario il tema della trasparenza è stato ampiamente disciplinato, il comma 1 dell'art. 15 del TFUE infatti già prevedeva espressamente che «al fine di promuovere il buon governo e garantire la partecipazione alla società civile, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione operano nel modo più trasparente possibile» e il comma 3 che

³ L. n. 241/1990, art. 22, comma 1

⁴ GChieffi G., "L'evoluzione normativa del diritto di accesso ai documenti amministrativi", Diritto futuro, 2020.

⁵ Caringella F., in Compendio di diritto amministrativo, Dike 2013

⁶ Mattarella B.G., "La Prevenzione della corruzione in Italia", in Giorn. dir. amm., 2013.

«ciascuna istituzione, organo od organismo garantisce la trasparenza dei suoi lavori e definisce nel proprio regolamento interno disposizioni specifiche riguardanti l'accesso ai propri documenti»; così come l'art. 10 della CEDU che dispone che «ogni persona ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche». È proprio su tale linea che sono stati introdotti nel nostro ordinamento gli istituti dell'accesso civico semplice, con il d.lgs. 33/2013 e l'accesso civico generalizzato con il d.lgs. 97/2016, di origine statunitense. Tale intervento legislativo interessa profondamente l'apparato pubblico e il rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione, nel quale è l'utilizzatore del servizio a ricoprire un ruolo centrale e non l'apparato che fornisce lo fornisce. Trova dunque applicazione anche il concetto di accountability nel campo della Pubblica Amministrazione, indicando la conoscenza dei documenti amministrativi come strumento volto alla realizzazione di un rapporto diretto tra cittadini e governanti basato sulla reciproca fiducia e responsabilizzazione. È in questo modo che il diritto di partecipazione ha come obiettivi la conoscenza delle scelte e le attività poste in essere dalle amministrazioni, la formazione di un'opinione pubblica necessaria a migliorare le decisioni pubbliche e l'esercizio di un controllo sull'attività amministrativa che provochi un effetto deterrente per la "cattiva" amministrazione, e rendendo la trasparenza amministrativa una misura di prevenzione della corruzione. La trasparenza amministrativa, pur non avendo una disciplina e collocazione specifica all'interno della nostra Costituzione, è espressione dei principi in essa trattati ovvero quelli di imparzialità, eguaglianza e democraticità, oltre a quelli disciplinati all'art. 97 di legalità, imparzialità e buon andamento.⁷ La trasparenza amministrativa, e quindi il diritto alla conoscenza, trova dei limiti nel diritto alla riservatezza di cui ogni cittadino è titolare, portando dunque il legislatore ad operare un bilanciamento tra interessi, entrambi di rango primario. Si evince dunque come il bilanciamento tra la trasparenza amministrativa e la privacy sia particolarmente ostico ed attuale, anche grazie

⁷ Sisto S.M., *"L'importanza della trasparenza amministrativa nella prevenzione e nel contrasto alla corruzione"*, Edizioni scientifiche italiane, Autorità Nazionale Anticorruzione, 2021, <https://www.anticorruzione.it/-/l-importanza-della-trasparenza-amministrativa-nella-prevenzione-e-nel-contrasto-alla-corruzione>.

all'evoluzione tecnologica che crea continuamente nuove sfide per la protezione dei dati personali che sono facilmente condivisibili. Nella nostra Costituzione non vi è una menzione diretta del diritto della riservatezza, motivo per il quale la giurisprudenza ha fatto ricorso ai principi costituzionali e diritti inviolabili dell'individuo quali il riconoscimento della libertà personale, della libertà e segretezza della comunicazione e della libertà di manifestazione del pensiero, strettamente collegati alla sfera della riservatezza. Una spinta importante per il riconoscimento di tale diritto deriva anche dalle normative europee quale diritto fondamentale dei cittadini per la loro intima relazione con la dignità della persona, che, a sua volta, deve essere garantita mediante tutele giuridiche al fine di scongiurare interferenze esterne.⁸ Nella materia dei contratti ed appalti pubblici la trasparenza è uno dei principi cardine dell'agire amministrativo, ed in questo particolare ambito si realizza attraverso norme e adempimenti che vengono previsti al bisogno per garantire la conoscibilità delle procedure. Con l'entrata in vigore del d. lgs. 33/2013, il decreto trasparenza, e la nuova disciplina dei contratti pubblici contenuta nel d.lgs. 50/2016, si è voluto rendere i procedimenti maggiormente partecipativi e trasparenti anche in riferimento alle regole in tema di pubblicità degli atti di gara, evidenziando quelle che sono le criticità e i problemi che la nuova disciplina pone riguardo agli obblighi di pubblicazione posti a carico degli enti aggiudicatori dal codice dei contratti. Il nuovo regime di pubblicità introdotto da quest'ultima disciplina, infatti, non sembra tenere adeguatamente in considerazione le diverse finalità cui tendono i differenti obblighi di pubblicità previsti; la trasparenza non è solamente un principio generale ed astratto, ma si concretizza in una serie di strumenti che consentono ai cittadini di conoscere quello che è il *modus operandi* delle pubbliche amministrazioni. Anche nel settore degli appalti e contratti pubblici il conflitto tra il diritto di accesso ai documenti, (disciplinato dall'art. 53 del d. lgs.50/2016 per tale materia) che consente ai soggetti titolari di un particolare interesse di accedere agli atti di gara al fine di tutelare la propria sfera giuridica, si contrappone a quello di riservatezza dei dati sensibili propri delle imprese. Nell'ambito delle procedure di gara il diritto di accesso agli atti viene esercitato principalmente del concorrente che non ha

⁸ Loré F., *“La trasparenza amministrativa, tra conoscibilità e tutela dei dati persona”*, in *Federalism.it*, 2021.

conseguito l'aggiudicazione per il controllo di eventuali vizi di illegittimità nell'operato della Stazione Appaltante rispetto alla valutazione dell'offerta del concorrente aggiudicatario da fare valere, nel caso, dinnanzi all'Autorità Giudiziaria. È evidente che la richiesta di accesso del concorrente istante implica l'ostensione non solo di tutti gli atti amministrativi adottati nello svolgimento della procedura (verbali di sedute, provvedimenti di esclusione ed altri) ma anche dell'offerta dell'aggiudicatario, la quale rappresenta il fulcro stesso dell'istanza⁹. La conoscibilità delle informazioni relative alle procedure di affidamento dei contratti pubblici costituisce un aspetto centrale nella disciplina di questa materia, come dimostra anche il graduale e continuo rafforzamento del principio di trasparenza applicato alle procedure di gara a partire degli anni Novanta del secolo scorso. Si tratta di un obiettivo da tempo presente anche nella normativa comunitaria oltre che a quella nazionale che, al fine di garantire le libertà economiche sancite dai Trattati all'interno del mercato degli appalti pubblici, ha insistito sull'attuazione della trasparenza anche grazie all'utilizzo delle risorse telematiche. La trasparenza assume un valore cruciale nella disciplina dei contratti pubblici, diventando uno strumento essenziale oltre che per la circolazione di informazioni relative alle procedure di gara consentendo così un controllo sociale del cittadino su procedure che per molto tempo sono rimaste oscure, anche come mezzo per la prevenzione della corruzione, fenomeno assai diffuso nel settore degli appalti pubblici. Il nuovo Codice degli appalti, con l'obiettivo di ridurre fenomeni di corruzione e di infiltrazione mafiosa nella contrattualistica pubblica, ha previsto ulteriori misure e potenziato le precedenti al fine di fornire le stazioni appaltanti e le istituzioni tutte di validi strumenti di prevenzione e contrasto alla corruzione.¹⁰ Il principio di trasparenza con riferimento alla disciplina degli appalti viene, dunque, declinato sia come esigenza di conoscibilità delle procedure di gara da parte dei soggetti coinvolti (già previsto dalla disciplina generale del diritto di accesso contenuta nella legge 241/1990) sia come garanzia, in favore di ogni potenziale offerente, di procedure

⁹ Redazione, "Accesso agli atti: cenni alla normativa e peculiarità della disciplina in materia di contratti pubblici", in *Sentenzeappalti.it*, 2022.

¹⁰Sisto S.M., "L'importanza della trasparenza amministrativa nella prevenzione e nel contrasto alla corruzione", Edizioni scientifiche italiane, Autorità Nazionale Anticorruzione, 2021, <https://www.anticorruzione.it/-/l-importanza-della-trasparenza-amministrativa-nella-prevenzione-e-nel-contrasto-alla-corruzione>.

conoscibili ed accessibili che possano consentire l'apertura degli appalti alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità degli affidamenti. Un ruolo cruciale viene rivestito dall'Autorità nazionale anticorruzione, la cui esercita un ampio sistema di controlli nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici, compito essenziale al fine di assicurare la piena esecuzione del principio di trasparenza. In materia di accesso ai documenti nel settore degli appalti pubblici è intervenuta anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 10 del 4 Aprile 2020, che ha stabilito l'applicazione dell'accesso civico anche in materia di appalti pubblici, prevedendo inoltre la possibilità di esercitare tale strumento in concomitanza con quello documentale, in quanto l'amministrazione ha il potere-dovere di esaminare la richiesta del soggetto interessato anche alla stregua della disciplina dell'accesso civico generalizzato, a meno che l'interessato non abbia fatto esplicito riferimento alla disciplina dell'accesso documentale al quale viene rimandata alla legge n.241/1990.¹¹ In capo al cittadino viene dunque riconosciuto un vero e proprio diritto alla conoscenza, concorrendo da un lato al corretto funzionamento dell'attività amministrativa, dall'altro garantisce il pieno soddisfacimento dei diritti fondamentali della persona sulla scorta dell'insegnamento secondo cui "non c'è organizzazione che, direttamente o almeno indirettamente, non sia finalizzata a diritti, così come non c'è diritto a prestazione che non condizioni l'organizzazione" (Corte cost., 27 novembre 1998, n. 383). A maggior ragione ciò deve avvenire in materia di contratti pubblici in quanto l'accesso civico generalizzato acquisisce una particolare connotazione poiché finisce per diventare lo strumento dell'evidenza pubblica, in quanto ciò che è pubblicamente evidente, per definizione, deve anche essere pubblicamente conoscibile. Il diritto di conoscere, dunque, <<consente di determinarsi, in una visione nuova del rapporto tra potere e cittadino che, improntata ad un aperto e, perciò stesso, dialettico confronto tra l'interesse pubblico e quello privato, fuoriesce dalla logica binaria e conflittuale autorità/libertà>>¹².

¹¹Bonomo A., *"Il rafforzamento della trasparenza nel nuovo codice degli appalti pubblici"*, in D. Garofalo (a cura di), *Appalti e lavoro. Disciplina pubblicistica*, Giappichelli, Torino, 2017, vol. 1, 227 – 24.

¹² Sisto S.M., *"L'importanza della trasparenza amministrativa nella prevenzione e nel contrasto alla corruzione"*, Edizioni scientifiche italiane, Autorità Nazionale Anticorruzione, 2021,

Capitolo 1

Sommario: 1.1 L'accesso ai documenti amministrativi; 1.2 I soggetti titolari ed i soggetti passivi; 1.3 Le modalità di esercizio; 1.4 Esclusione dal diritto di accesso; 1.5 La tutela del diritto di accesso; 1.6 La trasparenza come strumento di controllo; 1.7 L'accesso civico semplice e l'accesso civico generalizzato.

1.1 L'accesso ai documenti amministrativi

Nelle diverse forme di Stato che si sono susseguite nel tempo il principio della segretezza dell'azione pubblica e politica ha costituito per secoli un fondamento dell'esercizio dei pubblici poteri. Da sempre la conoscenza viene considerata come una fonte di potere, ed è proprio su di esso che si fonda il collegamento la trasparenza e la democrazia in quanto è grazie alla conoscibilità delle decisioni e la circolazione delle informazioni che si fonda la sovranità popolare.¹³ La posizione di supremazia e l'unilateralità della Pubblica Amministrazione era una conseguenza anche della visione ridotta dell'apparato amministrativo, concepito solamente come funzionale alla mera attuazione delle decisioni politiche; visione del tutto differente da quella odierna in cui l'amministrazione non ricopre più solamente compiti di mera esecuzione di ordini e direttive ma esercita un potere autonomo di gestione, decisione e discrezionalità. È proprio a questo cambiamento di prospettiva che cambia anche il modo di rapportarsi ai cittadini, una relazione non più fondata sulla superiorità dell'uno sull'altro e sulla separazione di interessi priva di informazione amministrativa, ma un rapporto di partecipazione e di servizio per la società. È da qui che la trasparenza diviene un principio volto al controllo dell'attività amministrativa anche al fine di renderla conoscibile all'esterno, farla diventare una "casa di vetro", metafora utilizzata dall'onorevole Filippo Turati agli inizi del 900. Pur non trovando un vero e proprio ancoraggio alla nostra Costituzione si collega ai principi democratici posti alla base dei rapporti sociali ed istituzionali; la sua assenza, tuttavia, ha pesato non poco sui comportamenti effettivi tenuti dai soggetti pubblici detentori delle informazioni. Prima dell'entrata in vigore della legge 241/1990 l'esercizio del

¹³Cheli E., *“Informazione, decisione politica, controllo sociale: spunti per un'analisi comparata”*, a cura di G. Berti- G.c De Martin, Milano, 1996.

diritto di accesso agli atti non trovava un riconoscimento formale nel nostro ordinamento giuridico. Qualora un cittadino ritenesse di essere stato leso da un provvedimento della Pubblica Amministrazione, per accertare la presenza di un eventuale vizio o irregolarità l'unica azione possibile era quella di inoltrare una richiesta di accesso ai verbali della commissione esaminatrice, senza però ricevere alcuna forma di tutela e garanzia circa i tempi di risposta da parte dell'ente. L'istanza, dunque, non prevedendo alcun termine specifico poteva protrarsi per un tempo eccessivamente prolungato o non concludersi affatto. Al soggetto che aveva fatto richiesta di accesso ai documenti rimaneva dunque solamente un'ultima possibilità nel caso in cui l'amministrazione di riferimento non avesse concesso l'accesso, ovvero proporre un ricorso senza però poter indicare i vizi in modo preciso (non essendoci stata una visione dei documenti non vi è una certezza delle eventuali irregolarità), confidando che il giudice investito della questione si attivasse al fine di imporre coattivamente all'amministrazione il deposito in giudizio dei documenti, permettendo finalmente al cittadino la relativa consultazione. È sorta quindi la necessità di creare un insieme disposizioni che ponessero rimedio a queste precarie condizioni, riconoscendo al destinatario dell'azione amministrativa un ruolo di centralità e di piena cittadinanza. L'accesso ai documenti garantisce una tutela a molteplici interessi; oltre alla verifica dell'attività dell'amministrazione e conoscibilità del proprio operato, viene rafforzata anche la partecipazione del cittadino all'attività pubblica e la possibilità di raccogliere i documenti e le informazioni necessarie per la difesa dei propri diritti in giudizio. L'art. 22 della legge 241/1990, che apre il Titolo V, offre una serie di definizioni dei principali termini utilizzati dal legislatore nella disciplina specifica dell'accesso, materia che costituisce un procedimento amministrativo speciale con proprie regole e autonome disposizioni. Spesso la dottrina si è espressa proponendo una netta separazione della legge 241 in due corpi normativi differenti: uno volto alla disciplina del procedimento amministrativo ed un secondo contenente disposizioni in materia di accesso. Il legislatore ha compreso nella definizione di documento amministrativo non solo gli atti scritti, ma tutto ciò che viene prodotto o comunque utilizzato dalla pubblica amministrazione ai fini della propria attività e che sia conservato su base fotocinematografica, elettromagnetica o su qualsiasi altro supporto tecnologico. Si tratta dunque di un concetto ampio poiché rientra in tale nozione tutto ciò che

l'amministrazione conserva nei propri archivi, compresi anche gli atti interni non relativi ad uno specifico procedimento, quali per esempio i pareri, valutazioni tecniche, rapporti ecc. Anche gli atti che provengono dai privati utilizzati per l'emanazione di un provvedimento rientrano in tale disciplina, compresi quelli di natura privatistica (ad esempio un contratto stipulato dell'ente stesso. Il diritto di accesso inteso nel senso pieno del termine non riguarda gli atti che sono assoggettati ad un regime pubblicitario in quanto previsto dalla legge, poiché si tratta di documenti che, per la loro natura, sono conoscibili da chiunque. Con la legge 241 oltre al cambiamento della natura e della concezione del rapporto tra amministrazione ed amministrati, vi è un'elevazione del principio della trasparenza ad imperativo categorico, anche grazie all'entrata in vigore del decreto trasparenza che ha reso obbligatorio l'obbligo di trasparenza delle informazioni e dei dati che riguardo l'attività e l'organizzazione anche attraverso i siti istituzionali. Il d.lgs. 150/2009 infatti apporta una mutazione della trasparenza, configurandosi come accessibilità totale alle informazioni relative all'attività ed all'organizzazione dell'amministrazione, informazioni a cui non era possibile accedere tramite l'accesso documentale, realizzando così una vera e propria forma di open government. Rafforzando quello che è il diritto di tutti di poter accedere e conoscere il patrimonio informativo delle amministrazioni, tale decreto dispone la creazione di un corpus normativo degli obblighi di trasparenza e pubblicità riguardanti oltre che l'attività amministrativa anche l'utilizzo delle risorse pubbliche ed i servizi e prestazioni offerti. Prevede inoltre la possibilità di rendere pubblico anche dati ed informazioni che non sono sottoposti per legge a specifici obblighi di pubblicazione, salvo però il divieto di diffondere eventuali dati personali presenti. Al fine di rendere effettivo il diritto di accessibilità ai documenti, deve essere garantita la conoscibilità e la possibilità di utilizzo in modo gratuito da parte di chiunque, anche grazie ad uno strumento inserito dal decreto ovvero l'accesso civico, disciplinato dall'art.5, praticabile da tutti i cittadini e più evoluto rispetto all'accesso più generale disciplinato dalla 241/90.¹⁴ La nuova disciplina sulla trasparenza, tuttavia, ha incontrato notevoli difficoltà nella fase attuativa, introducendo l'immediato recepimento degli obblighi di trasparenza e non una

¹⁴Colapietro C., *“La terza generazione della trasparenza amministrativa: dall'accesso documentale all'accesso generalizzato, passando per quello civico”*, Editoriale scientifica, 2016.

conformazione graduale, senza tenere conto inoltre delle differenze delle varie realtà amministrative adottando una normativa unica e facendo prevalere una logica di mero adempimento formale alle nuove disposizioni in materia di trasparenza.¹⁵ Il nostro ordinamento prevede attualmente tre forme di accesso: l'accesso procedimentale (quello documentale disciplinato all'art.22 e seguenti della l. 241/1990), l'accesso civico semplice (art. 5 d.lgs. 33/2013), e accesso civico generalizzato o FOIA (art.5 comma 2 del d.lgs. 33/2023). Proprio in contrapposizione all'accesso si pone il problema della tutela della privacy dei soggetti coinvolti, due facce della stessa medaglia in quanto nel tutelare situazioni giuridiche differenti devono essere bilanciati interessi contrastanti. Il diritto alla riservatezza deve essere garantito non solo nei confronti delle persone fisiche, ma anche persone giuridiche, enti ed associazioni; proprio a tale scopo il legislatore ha istituito il Codice della privacy (d.lgs. 196/2003, modificato nel 2018 con il recepimento del regolamento comunitario in materia), al fine di assicurare un equilibrio tra gli interessi coinvolti. L'art. 24 della l. 241/1990 sostiene la prevalenza del diritto di accesso ai documenti amministrativi in tutti i casi in cui sia necessario per una tutela degli interessi giuridici dei soggetti richiedenti; nel caso in cui gli atti oggetto della richiesta contengano dati sensibili o giudiziari l'accesso è consentito solo se indispensabile, così come se vi sono dati considerati sensibilissimi che rivelano lo stato di salute e la vita sessuale di un soggetto terzo. Per concludere l'art.24 della l. 241 consente, facendo esplicito rimando all'60 del Codice della privacy, che il trattamento dei dati sopra citati e più genericamente l'accesso ai documenti contenenti tali atti è consentito solamente se l'interesse del soggetto richiedente possa essere considerato almeno di pari rango a quello del soggetto terzo a cui dati si riferiscono.

1.2 I soggetti titolari ed i soggetti passivi

Come già visto la trasparenza amministrativa è uno strumento che è stato introdotto con la finalità di assicurare la massima circolazione possibile delle informazioni sia all'interno dell'amministrazione sia fra quest' ultima ed il mondo

¹⁵Mattarella B.G., *“La prevenzione della corruzione in Italia”*, cit., pp. 123 ss.

esterno, in particolar modo per garantire la conoscibilità dell'attività svolta ai cittadini ed utenti. È proprio l'articolo 1 della legge 241/1990, modificata ed integrata dalla legge 15/2005 a stabilire come l'attività amministrativa persegue i fini della legge ed è retta dai criteri di economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza. Le importanti modifiche introdotte nei rapporti tra le pubbliche amministrazioni e i diritti dei cittadini hanno dunque ampliato l'importanza della trasparenza, non solo in riferimento al diritto di prendere visione degli atti di un procedimento, ma anche che l'attività amministrativa deve ispirarsi al principio di trasparenza, inteso come accessibilità alla documentazione dell'amministrazione o ai riferimenti da quest'ultima utilizzati nell'assumere una determinata posizione. I cittadini hanno diritto ad una informazione qualificata e conoscere, nei limiti stabiliti e previsti dalla legge, lo stato dei procedimenti che li riguardano. L'accesso ai documenti amministrativi è dunque una facoltà che offre ai soggetti interessati e legittimati a presentare memorie scritte e documenti e prendere visione degli atti dei procedimenti amministrativo di proprio interesse così come quanto previsto dall'art.10 della legge 241/1990. L'accesso ai documenti amministrativi ha una sua autonomia rispetto al procedimento, in quanto è un diritto che può essere esercitato anche dopo la conclusione del procedimento stesso, configurandosi quindi come non solo come uno strumento di trasparenza procedimentale ma come verifica e controllo in senso ampio dell'attività dell'amministrazione. Il diritto di accesso inoltre è un potere che si configura in maniera autonoma anche rispetto all'azione che il soggetto potrebbe esperire davanti ad un giudice per contestare la legittimità dell'azione amministrativa, in quanto la richiesta di accesso non sospende i termini per agire. Il diritto di accesso viene definito dall'art.22 della l-241/1990 come il diritto (ma anche come potere) degli interessati di richiedere, prendere visione ed, eventualmente, ottenere copia dei documenti amministrativi "al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale è riconosciuto a chiunque vi abbia interesse diretto, concreto e attuale per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti il diritto di accesso ai documenti amministrativi"- art. 22. Il secondo comma di tale articolo riporta una definizione dettagliata di documento amministrativo; è considerato tale ogni "rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni, formati dalle pubbliche amministrazioni o, comunque,

utilizzati ai fini dell'attività amministrativa". Sono compresi dunque non solo gli atti cartacei ma anche i documenti su supporto elettronico, atti interni ed altri atti che confluiscono nel procedimento quali parerti, referti ecc... Qualora l'amministrazione accolga la richiesta di un soggetto ad accedere ad un documento, tale diritto potrà essere esercitato per accedere ad ulteriori atti richiamati ed appartenenti al medesimo procedimento, esclusi i casi previsti e disciplinati dalla legge. L'accesso è dunque consentito non solo in riferimento agli atti che attengono a procedimenti amministrativi finalizzati all'emanazione di provvedimenti, ma altresì ai procedimenti relativi all'attività della Pubblica Amministrazione. I soggetti legittimati ad esercitare tale diritto, ai sensi della legge 241, sono coloro che abbiano un interesse giuridicamente rilevante nei confronti dell'atto o del procedimento di cui è stato richiesto l'accesso. Altri interventi legislativi invece prevedono una disciplina differente per quanto riguarda la natura dell'interesse dei soggetti. Il dpr 352/92, ovvero il regolamento per la disciplina delle modalità di esercizio e dei casi di esclusione del diritto di accesso ai documenti amministrativi, richiede che il soggetto che richiede l'accesso sia titolare di un "interesse personale e concreto per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti". L'art. 10 del Testo Unico degli enti locali stabilisce che i legittimati all'accesso sono tutti i cittadini, singoli o associati, e prevede l'obbligo per gli enti locali di dettare norme regolamentari per assicurare ai cittadini l'informazione sullo stato degli atti e delle procedure e provvedimenti che li riguardano. Il regolamento assicura inoltre il diritto dei cittadini di accedere, in generale, alle informazioni in possesso dell'amministrazione. Altre normative invece estendono la portata di tale diritto come il d.lgs 39/97, che stabilisce che le autorità pubbliche sono tenute a rendere disponibili le informazioni relative all'ambiente "a chiunque ne faccia richiesta, senza che questi debba dimostrare il proprio interesse". La dottrina e la giurisprudenza invece hanno affermato che i soggetti legittimati ad esercitare il diritto di accesso sono i soggetti titolari di interessi legittimi, di diritti soggettivi e di interessi collettivi. L'articolo 22 definisce il diritto di accesso come principio generale del nostro ordinamento definendolo come il diritto degli interessati a prevedere visione ed estrarre copia dei documenti amministrativi. I soggetti interessati in definitiva sono tutti i soggetti privati, compresi i portatori di interessi pubblici o diffusi, che hanno un interesse concreto, attuale e diretto, corrispondente ad una situazione giuridicamente

tutelata e collegata al documento oggetto della richiesta di accesso. Diretto significa che l'interesse deve fare capo direttamente al soggetto richiedente e non ad un soggetto terzo, concreto che deve trattarsi di un interesse specifico collegato ad una situazione giuridicamente riconosciuta dal nostro ordinamento ed attuale, ossia l'interesse deve esistere nel momento in cui viene fatta la richiesta e non sorgere in futuro. Il d.p.r. 184/2006 (regolamento che disciplina la materia dell'accesso ai documenti), prevede l'ambito soggettivo di applicazione di tale diritto che è esercitabile nei confronti di tutti i soggetti di diritto pubblico e privato limitatamente alla loro attività esercitata di pubblico interesse. Il soggetto richiedente deve esplicitare e comunicare le motivazioni della sua richiesta, in quanto come precisato dall'art. 23 della l. 241/1990 non sono ammesse istanze di accesso al fine di un controllo generico dell'attività amministrativa alla stregua di un'azione popolare; vi deve essere dunque necessariamente un collegamento tra la situazione giuridica soggettiva del soggetto richiedente e i documenti richiesti. Gli altri soggetti che vengono definiti e che assumono importanza in tema di accesso sono i soggetti definiti controinteressati; si tratta di quei soggetti, pubblici o privati, individuati o facilmente individuabili, che vedrebbero lesa il loro diritto alla riservatezza dall'accesso agli atti.

L'art. 23 della 241/1990 individua tutti soggetti che sono obbligati a consentire l'esercizio del diritto di accesso; tra questi troviamo:

- Le Pubbliche Amministrazioni: ovvero tutti i soggetti di diritto pubblico e diritto privato limitatamente alla loro attività di interesse pubblico disciplinata dal diritto nazionale ed europeo;
- Gli enti pubblici, compresi gli enti pubblici economici solamente in riferimento all'attività di diritto pubblico esercitata;
- Aziende autonome ad aziende speciali; le prime sono soggetti privi di personalità giuridica dotati però di una propria organizzazione amministrativa che svolgono attività relative alla gestione di servizi di carattere tecnico-economico; le aziende speciali invece sono dotate di personalità giuridica e autonomia statutaria adibite alla gestione di servizi pubblici locali;
- Gestori di pubblici servizi
- Autorità di garanzia e vigilanza

- L'amministrazione dell'Unione Europea: il regolamento comunitario 1049/2001/CE stabilisce che qualsiasi cittadino dell'Unione o qualsiasi persona fisica o giuridica che risiede o abbia la sede in uno Stato membro può richiedere l'accesso ai documenti delle istituzioni europee. Tale possibilità può essere tuttavia concessa anche alle persone fisiche e giuridiche non appartenenti ad uno Stato membro dell'UE.
- Le imprese di assicurazione: il codice delle assicurazioni private (il d.lgs. 209/2005) all'art. 46 prevede l'obbligo in capo alle imprese di assicurazione di consentire l'accesso ai contraenti e ai danneggiati a conclusione dei procedimenti di valutazione, constatazione e liquidazione dei danni che di loro interesse.¹⁶

Secondo l'art.25 comma 2 l'accesso deve essere esercitato nei confronti dell'autorità a formulare il documento o a detenerlo nei propri archivi; il T.A.R. Sardegna con la sentenza n.2391 del 2005 ha confermato tale concetto, legittimando il diniego di accesso agli atti nel caso in cui siano detenuti dall'amministrazione occasionalmente e non già stabilmente. In questo caso la richiesta deve essere rivolta all'amministrazione che ha formato il documento. Il T.A.R. Sardegna ha sostenuto inoltre che l'art. 25, comma 2, prevede due diversi criteri per individuare il soggetto competente in materia di accesso ai documenti amministrativi:

- a) l'amministrazione che ha formato il documento, la quale costituisce la principale legittimata passiva dell'istanza di accesso;
- b) l'amministrazione che detiene il documento, la quale occupa una posizione sussidiaria.¹⁷

Solamente nel caso in cui l'amministrazione che ha formato l'atto non ne abbia più la disponibilità, l'interessato potrà rivolgersi all'ente che lo detiene stabilmente; in caso contrario, il soggetto passivo legittimato a seguire l'istanza di accesso è l'amministrazione che ha creato il documento. In conclusione, deve ritenersi competente l'amministrazione che detiene l'atto originale oggetto della richiesta, poiché è il solo soggetto in grado di soddisfare pienamente la richiesta

¹⁶ L. n.241/1990 art.23

¹⁷ L. n.241/1990, art. 25 comma 2

d'accesso soprattutto nell'ipotesi in cui venga chiesta una copia conforme all'originale, il quale non può essere rilasciata da una fotocopia.¹⁸

1.3 Le modalità di esercizio

L'esercizio del di diritto di accesso viene disciplinato dall'art.25 della legge n.241/1990 e dal d.p.r. 184/2006. Viene esercitato mediante l'estrazione ed esame di una copia dei documenti amministrativi di cui è stata richiesta la visione (nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge), tramite un'istanza motivata da parte del soggetto richiedente all'amministrazione presso cui viene detenuto formalmente l'atto o il documento oggetto dell'istanza.¹⁹Tuttavia, fino al 2005 la giurisprudenza aveva sostenuto che l'armonizzazione della tutela del diritto d'accesso con la tutela della riservatezza, con particolare riferimento ai dati sensibili, potesse avvenire solamente consentendo la visione e non anche l'estrazione di copia degli atti. Tale posizione però non risultava particolarmente convincente in quanto vi è comunque una lesione del diritto alla privacy anche solamente con la visione o la consultazione dei documenti da parte di altri soggetti, a prescindere dal rilascio di una copia dell'atto. Inoltre, vi è la possibilità per il cittadino che consulta un documento di ricopiarlo totalmente o prendere appunti sulle parti di suo maggior interesse (questa facoltà è espressamente riconosciuta dall'art. 7, comma 5, del d.P.R. 184/2006). Nel nostro ordinamento vi sono due tipologie di modalità di accesso: l'accesso formale, disciplinato dall'art. 5 del d.p.r. 184/2006 e l'accesso informale. Quest'ultimo viene inserito dal d.p.r. 352/1992, qualora sia stata verificata l'assenza di soggetti controinteressati che potrebbero vedere leso il loro diritto alla riservatezza. La richiesta, che può essere fatta anche verbalmente, deve indicare quelli che sono gli estremi e le indicazioni necessarie volte all'individuazione del documento oggetto della richiesta, oltre a comprovare l'interesse collegato all'oggetto della richiesta ove è necessario, e dimostrare la propria identità. La richiesta di accesso informale viene accolta l'esibizione del documento,

¹⁸Biancardi S., *"Procedimento amministrativo e diritto di accesso. I recenti aggiornamenti legislativi e giurisprudenziali"*, Direzione scientifica di: E. D'Aristotile in www.pawbeb.it, 2014.

¹⁹Pedaci A., *"Procedimento amministrativo, accesso e privacy"*, Edizioni giuridiche Simone, 2020.

estrazione di una copia o altre modalità previste dalla legge. La richiesta va effettuata che viene effettuata da un'amministrazione ad un altro ente pubblico deve essere presentata dal titolare dell'ufficio interessato o dal responsabile del procedimento. L'accesso formale viene effettuato invece quando vi è stata, da parte dell'amministrazione, l'individuazione dei soggetti controinteressati, ai quali l'interessato deve comunicare la richiesta formale di accesso mediante raccomandata con avviso di ricevimento, oppure in via telematica se gli stessi hanno consentito a tale forma. I soggetti controinteressati, entro 10 giorni dal ricevimento della richiesta, possono opporsi all'istanza; tuttavia, l'opposizione deve essere motivata. Trascorsi 10 giorni, l'amministrazione provvederà alla richiesta di accesso una volta verificata la ricezione della comunicazione. La richiesta di accesso formale è necessaria qualora:

- non sia possibile l'accoglimento in via formale della richiesta;
- vi siano dubbi circa l'identità e la legittimazione del diritto ed interesse del richiedente;
- dubbi sull'effettiva accessibilità dei documenti o sull'esistenza dei controinteressati.²⁰

L'amministrazione che riceve l'istanza di accesso può compiere una parziale attività istruttoria, interpellando il cittadino e acquisendo tutti gli elementi utili al fine di valutarne la richiesta entro un termine fissato dalla legge che ammonta a dieci giorni, interrompendo il termine del procedimento fino al ricevimento delle integrazioni richieste. Nel caso in cui l'amministrazione accolga l'istanza di accesso, la stessa deve darne comunicazione al cittadino. Decorso il termine del procedimento di trenta giorni da quando l'istanza del privato è pervenuta alla P.A. senza che quest'ultima si sia pronunciata in alcun modo, l'istanza è da ritenersi respinta secondo l'istituto del silenzio-rigetto della Pubblica Amministrazione senza l'emanazione di un provvedimento espresso. Tuttavia, la P.A. dovrebbe rispondere con un provvedimento espresso di diniego senza attendere lo spirare dei trenta giorni indicando la motivazione del rifiuto all'accesso e specificare i

²⁰Pedaci A., *"Procedimento amministrativo, accesso e privacy"*, Edizioni giuridiche Simone, 2020.

rimedi giurisdizionali disponibili avverso il provvedimento, nonché i termini entro i quali esperirli.

L'art. 24 della legge 241/90 stabilisce che l'accesso ai documenti amministrativi non può essere negato ove sia sufficiente fare ricorso al differimento della richiesta. Come stabilito dall'art. 9 del d.P.R. 184/2006, il differimento è disposto ove sia necessario assicurare una temporanea tutela degli interessi specificati dall'art. 24 (sicurezza, difesa nazionale, politica monetaria e valutaria, ordine pubblico e così via) ovvero, per salvaguardare esigenze di riservatezza dell'amministrazione, in relazione a documenti la cui conoscenza potrebbe compromettere il buon andamento dell'azione amministrativa. In conformità a quanto disposto dall'articolo 9 del D.P.R. 184/2006, l'atto che dispone il differimento deve essere motivato e deve indicare la durata del differimento. Viene attuato per esempio che la richiesta di accesso agli atti venga presentata quando il procedimento amministrativo non si sia ancora concluso.²¹ In questo caso le amministrazioni sono solite differire l'esercizio dell'accesso ad un momento successivo, dopo la conclusione del procedimento. Tuttavia, la giurisprudenza (in particolar modo la sentenza del T.A.R. Roma, sez. I-bis, 20 marzo 2006, n. 1994), ha stabilito che il differimento possa essere disposto solo quando sia necessario tutelare interessi di un certo rilievo; pertanto, non basta giustificare il differimento asserendo che il procedimento è ancora da concludere.²² Con la pubblicazione del documento di interesse la libertà ed il diritto di accesso si intende concretizzato, così come quanto affermato anche dall'articolo 26 comma 3 della 241/1990. L'istituto giuridico dell'accesso agli atti non ha pertanto ad oggetto ciò che deve essere pubblicato. Qualora il periodo di pubblicazione sia scaduto e l'amministrazione abbia provveduto alla rimozione degli atti e documenti amministrativi detenuti nei propri archivi, all'interessato sarà comunque garantito il diritto di accesso e di visione della documentazione che era stata pubblicata, senza che l'amministrazione sia chiamata ad accertare l'esistenza di un interesse, dato che il regime di pubblicità al quale è stato

²¹Pedaci A., *"Procedimento amministrativo, accesso e privacy"*, Edizioni giuridiche Simone, 2020.

²²Biancardi S., *"Procedimento amministrativo e diritto di accesso. I recenti aggiornamenti legislativi e giurisprudenziali"*, Direzione scientifica di: E. D'Aristotile in www.pawbeb.it, 2014.

assoggettato il documento non decade con il trascorrere del tempo.²³

1.4 Esclusione dal diritto di accesso

L'art.24 della legge 241/1990 disciplina i casi in cui il diritto di accesso non può essere esercitato e dunque viene negato da parte dell'amministrazione. Sono previsti innanzitutto dei limiti tassativi che sono individuati dal legislatore, limiti che non lasciano dunque un margine di discrezionalità decisionale in capo alla PA. Le limitazioni previste dalla legge ricorrono qualora vi sia una prevalenza degli interessi pubblici ritenuti fondamentali e prioritari rispetto al diritto e all'interesse della conoscenza e accesso ai documenti amministrativi.²⁴ I casi in cui l'amministrazione è costretta a negare l'accesso riguardano (art.24 comma 1):

- I documenti ricoperti da diritto di Stato;
- I procedimenti tributari;
- I documenti coperti da segreto o divieto di divulgazione che sono previsti dalla legge o da altri regolamenti;
- I procedimenti per atti amministrativi generali, di pianificazione e programmazione
- I documenti che contengono dati sensibili di soggetti terzi, in particolar modo informazioni di carattere psico-attitudinale.²⁵

Il sesto comma dell'art.24 attribuisce al governo il potere di limitare ulteriormente il diritto di accesso con l'emanazione di un regolamento di delegificazione, ai sensi dell'art. 17 della legge 400/1988. I casi in cui il governo può esperire tale facoltà sono quelli in cui dalla divulgazione dei documenti possa derivare una lesione della sicurezza e difesa nazionale, della sovranità nazionale, della correttezza e continuità delle relazioni internazionali, della politica monetaria e valutaria, alla riservatezza, della riservatezza o della vita privata di persone fisiche, gruppi, imprese ed associazioni in particolar modo in riferimento ai loro

²⁴ Pedaci A., *"Procedimento amministrativo, accesso e privacy"*, Edizioni giuridiche Simone, 2020.

²⁵ L. n.241/1990 art. 24, comma 1.

interessi sanitari, professionali, commerciali e ai dati forniti all'amministrazione dagli stessi.²⁶

Qualora siano presenti delle esigenze di tutela della riservatezza di interessi e soggetti coinvolti, l'amministrazione deve comparare l'interesse all'accesso al diritto della riservatezza dei soggetti terzi; deve essere dunque espletata una funzione di bilanciamento dei due diritti per valutare la prevalenza di uno rispetto all'altro. L'accesso inoltre deve avere il carattere della <<necessarietà>> (da distinguersi dalla semplice utilità), in quanto la legge 241/1990 prevede che l'accesso venga garantito ai soggetti che ne facciano richiesta nei casi in cui la conoscenza di un documento o atto amministrativo sia necessaria per la tutela dei propri interessi giuridici. Tale criterio assume un peso ancora più rilevante nel caso in cui il documento oggetto della richiesta contenga dati ritenuti come sensibili dal codice dei dati personali; rientrano in tale categoria tutte le informazioni relative alla sfera sessuale e alla salute, oltre ai dati giudiziari in cui l'accesso è consentito solo <<nei limiti in cui sia strettamente indispensabile>> così come quanto disciplinato dal comma 4 all'art.27. Esclusi i casi previsti dalla legge in cui l'accesso viene negato per motivi di comprovate esigenze di tutela di interessi ritenuti dal legislatore come prevalenti, l'accoglienza dell'istanza è subordinata ad una valutazione effettuata dall'amministrazione. Il bilanciamento tra il diritto alla riservatezza viene effettuato anche nei riguardi delle informazioni che per legge le amministrazioni sono obbligate a pubblicare sui siti istituzionali nei casi in cui si tratti di dati sensibili; a tal fine il Garante della privacy ha pubblicato alcune linee guida (n.243 /2014).

1.5 La tutela del diritto di accesso

Sotto il profilo processuale il diritto di accesso è sotto la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in quanto in tale materia possono porsi questioni di diritto soggettivo. La giurisprudenza nel tempo ha avuto difficoltà nel definire la natura giuridica del diritto di accesso; di recente si è visto come sia prevalsa l'interpretazione per cui il diritto di accesso non sia configurabile come un diritto

²⁶ Pedaci A. *"Procedimento amministrativo, accesso e privacy"*, Edizioni giuridiche Simone, 2020.

soggettivo in senso stretto ma piuttosto come un interesse legittimo, motivo per cui il provvedimento di diniego può essere impugnato entro 60 giorni dall'emanazione e non nel termine di prescrizione più lungo previsto per i diritti soggettivi. Il legislatore ha previsto inoltre anche dei rimedi alternativi extra-giudiziali per i conflitti con la Pubblica Amministrazione.

La tutela giurisdizionale è disciplinata dagli articoli 25 della legge 241/1990 e 116 del codice del processo amministrativo. Trascorsi 30 giorni dalla richiesta di accesso ai documenti da parte di un soggetto, questa si intende respinta dall'amministrazione ed in tal caso il richiedente può presentare ricorso al TAR. È l'art.116 del codice a disporre che contro il silenzio diniego dell'amministrazione e per la tutela dell'accesso civico il ricorso deve essere fatto entro 30 giorni dalla formazione del silenzio mediante una segnalazione e notificazione all'amministrazione di riferimento e ad almeno uno dei controinteressati. Il giudizio si svolge con un rito camerale e si conclude con una sentenza in forma semplificata che può essere di rigetto o di accoglimento della richiesta di accesso. Nel caso l'istanza venga accolta il giudice ordina l'esibizione dei documenti oggetto della richiesta entro un termine, di norma, non superiore di 30 giorni.

²⁷L'art. 116 comma 2 del Codice del processo amministrativo prevede la possibilità che il ricorso avverso il diniego espresso o tacito di accesso ad atti e documenti amministrativi sia proposto, in un ricorso già pendente, con istanza notificata e depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso principale. In tal caso, l'istanza viene decisa con ordinanza separatamente dal giudizio principale o con la stessa sentenza che definisce il giudizio. La condizione di ammissibilità a tale tipo di ricorso è la pertinenza dei documenti richiesti all'oggetto del ricorso principale nel quale si inserisce. Si tratta di strumento dall'indubbia utilità, che consente al ricorrente di ottenere tutela evitando l'inutile duplicarsi del contenzioso attraverso la proposizione di un diverso ricorso autonomo, con conseguente risparmio, sia economico che di tempo, oltre che per il privato ricorrente, anche per il giudice amministrativo

²⁷Pedaci A., *“Procedimento amministrativo, accesso e privacy”*, Edizioni giuridiche Simone, 2020.

evitando una proliferazione di cause.²⁸

In alternativa al ricorso giurisdizionale l'articolo 25 comma 4 della l. 241/1990 prevede, in caso di rifiuto o differimento dell'accesso, la possibilità di ricorrere al difensore civico per richiedere che venga riesaminata la determinazione. Qualora il diniego o il differimento venga ritenuto illegittimo lo comunica all'attività disponente che dovrà agire entro 30 giorni dalla richiesta. Il presente articolo specifica come la competenza del difensore civico sia circoscritta solamente agli atti delle amministrazioni comunali, provinciali e regionali mentre i ricorsi contro le amministrazioni ed enti statali devono essere fatti presso la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, come previsto dall'art. 27 della 241/1990 oltre che all'amministrazione contro cui è riferito il ricorso. La Commissione è stata istituita presso la presidenza del Consiglio e viene nominata con un decreto del presidente dei Ministri per svolgere un'attività di controllo e sorveglianza dell'attività della Pubblica Amministrazione, proporre al Governo eventuali modifiche legislative volte ad assicurare la piena tutela del diritto di accesso, redigere le relazioni annuali sulla trasparenza ed attività amministrativa da presentare alle Camere oltre che a seguire i ricorsi contro le amministrazioni statali nel caso in cui l'accesso sia stato negato o differito. Tali rimedi extra giudiziali (che sono dei ricorsi amministrativi veri e propri) al difensore civico o alla Commissione hanno una funzione deflativa del contenzioso, dato che perseguono la finalità di alleggerire il carico di lavoro del T.A.R.; il termine per proporre ricorso al giudice resta dunque sospeso fino a che la questione non venga definita mediante il ricorso amministrativo. Viceversa, qualora l'interessato proponga direttamente ricorso giurisdizionale al T.A.R., è preclusa la possibilità di tutelarsi contro la decisione di diniego della Pubblica Amministrazione mediante uno dei due rimedi sopra citati.²⁹

²⁸ Gaspari F., *"Impugnabilità della ordinanza resa dal T.A.R. ai sensi dell'art. 116, comma 2, Codice del processo amministrativo"*, in *Il diritto amministrativo*, <https://www.ildirittoamministrativo.it/home>.

²⁹ Pedaci A., *"Procedimento amministrativo, accesso e privacy"*, Edizioni giuridiche Simone, 2020.

1.6 La trasparenza come strumento di controllo

La trasparenza amministrativa ha assunto una nuova connotazione grazie al contributo della riforma Brunetta, la legge n.15 del 2009 e del suo decreto attuativo il decreto lgs. 150/2009, che ha rivoluzionato tale concetto. Tale intervento legislativo contempla la trasparenza amministrativa come uno strumento di potere affidato al cittadino per la conoscenza relativa:

- 1) all'«operato delle amministrazioni pubbliche anche a garanzia delle legalità» (art. 1, comma 2, d.lgs. n. 150/2009);
- 2) alla performance relativa alle attività svolte dalle Pubbliche Amministrazioni intese come enti erogatori di «prestazioni»;
- 3) alla performance, alla «qualità professionale» ed ai costi del personale legato da un rapporto di lavoro con le medesime amministrazioni.³⁰

Il primo punto elencato rappresenta una vera e propria rivoluzione della filosofia applicativa della trasparenza amministrativa, il cui strumento tipico di attuazione è sempre stato considerato il diritto di accesso e non venendo ritenuto come invece come un mezzo di controllo diffuso dell'operato della Pubblica Amministrazione. La legge 15/2009 aveva già contribuito, ancor prima del suo decreto attuativo, a delineare il nuovo profilo della trasparenza, accentuandone i tratti rispetto alle definizioni precedenti e scardinandolo dalla concezione di principio esclusivamente generale dell'azione amministrativa. Il decreto legislativo che ha dato attuazione alla riforma Brunetta, il 150/2009, ha elevato la trasparenza amministrativa ad un vero e proprio precetto del diritto, garantito da degli obblighi a carico delle amministrazioni, tra cui quello di consentire un accesso diffuso ed immediato ed alle informazioni relative ai propri livelli di performance, il proprio contesto organizzativo e l'utilizzo delle risorse pubbliche. Ciò non ha più solamente lo scopo di includere il cittadino nei processi amministrativi in un'ottica di governance partecipativa, ma anche di presa di responsabilità dell'amministrazione nei confronti della cittadinanza e di rendicontazione dei risultati ottenuti. Non è più dunque necessario un interesse legittimo (oltre che attuale e concreto) per accedere alle informazioni e i documenti detenuti dalla Pubblica Amministrazione riguardati le modalità ed i

³⁰ D.lgs. n.150/2009, art. 1, comma 2.

sistemi di valutazione della performance, i dati relativi all'organizzazione delle amministrazioni, quelli riguardanti gli aspetti economici, i curriculum vitae dei dirigenti, nonché gli impegni di spesa assunti. È l'articolo 4 comma 7 della legge n.150/2009 a definire la trasparenza come accessibilità totale alle informazioni riguardanti l'organizzazione dell'amministrazione, gli indicatori degli andamenti gestionali ed i risultati delle performance organizzative ed individuali al fine di favorire un controllo diffuso dei principi di imparzialità e buon andamento, anche grazie alla pubblicazione di tali informazioni sui siti istituzionali delle amministrazioni accessibili a chiunque. Il comma 3 ha dunque voluto operare una netta frattura tra la concezione di trasparenza amministrativa appena illustrata come strumento di controllo generale sull'operato dell'attore pubblico, e quella invece collegata al diritto di accesso come mezzo di tutela di interessi e situazioni giuridiche soggettive dei privati. L'articolo 1 della legge 241/1990 prevede che l'attività amministrativa sia retta dal principio della trasparenza e l'accesso ai documenti amministrativi di cui all'art.24 ne assicura l'osservanza. Tale legge specifica il divieto di accogliere le istanze di accesso qualora esse siano finalizzate ad un controllo generalizzato sull'attività delle amministrazioni pubbliche, volendo dunque tutelare unicamente le posizioni dei privati esercitando, appunto, il proprio diritto di accesso alla documentazione amministrativa, inteso come mezzo di attuazione della garanzia proprio del «criterio» della trasparenza su cui si regge l'attività amministrativa. Il diritto di accesso, secondo la legge sul procedimento, non è esercitabile da chiunque e finalizzato ad un controllo generalizzato; la concezione di trasparenza amministrativa introdotta dalla riforma Brunetta invece amplia la portata di tale diritto. L'art.4 della legge 15/2009 ha previsto l'attivazione di canali di comunicazione con i cittadini per eventuali segnalazioni e reclami; compito che potrebbe già essere svolto dagli Uffici per le relazioni con il pubblico (URP) ma la legge non prevede l'affidamento di tale funzione. La riforma Brunetta sembrerebbe tesa a prevedere l'istituzione di un'apposita unità organizzativa incaricata di raccogliere eventuali solleciti dei cittadini, che, a livello regionale e locale, corrisponde ai difensori civici regionali, provinciali e comunali, mentre a livello nazionale non esiste un soggetto equivalente. L'art. 4 comma 8, della legge n. 15/2009 prevede l'obbligo per le Pubbliche Amministrazioni di adottare *«ogni iniziativa utile a promuovere la massima trasparenza nella propria*

*organizzazione e nella propria attività».*³¹ Proprio a tal proposito la legge in esame ha previsto l'istituzione della "Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche", per favorire la cultura della trasparenza e legalità attraverso strumenti di lotta e prevenzione alla corruzione. L'obiettivo della riforma non è solo quello di migliorare la performance dei singoli dipendenti pubblici, ma anche incentivare la programmazione, la verifica ed il controllo per garantire l'aumento qualitativo dell'attività dell'amministrazione, prevedendo una serie di obblighi di informazione e comunicazione ai cittadini al fine di esprimere vi è l'obbligo in capo all'amministrazione di rendere disponibili sui siti internet istituzionali tutti i dati sui quali si basano le valutazioni. La legge n. 15/2009, d.lgs. n. 150/2009 e la legge n. 69/2009, riservano ampio spazio per la regolazione rendicontazione della pubblicizzazione di tutte le informazioni concernenti i costi del personale ed i livelli di professionalità di dirigenti, consulenti ed esperti, garantendo l'accesso diretto alle informazioni relative alla valutazione del personale dipendente dell'amministrazione in quanto non si tratta di informazioni che godono di tutela della riservatezza ai sensi del comma 9 dell'articolo quarto della legge.

Un intervento così incisivo come quello apportato dalla riforma Brunetta in materia di trasparenza non può non incorrere nel rischio di entrare in contrasto con le disposizioni vigenti del nostro ordinamento, che già disciplinano i diversi profili della trasparenza. Tuttavia, tale intervento, doveva forse approfondire maggiormente il concetto della trasparenza anche sul versante delle varie tipologie del diritto di accesso ai documenti amministrativi, e non limitatamente alle informazioni generali sull'organizzazione dell'amministrazione e sulla valutazione dell'attività del personale, e non operando un'effettiva modernizzazione delle norme in materia di accesso. Va riconosciuto però il merito del Legislatore è quello di aver imposto un comportamento attivo in capo alla Pubblica Amministrazione, volto a mettere a disposizione dei cittadini le informazioni fondamentali in materia organizzazione, valutazione della performance ed amministrazione e valutazione del personale, attraverso strumenti e modalità di consultazione il più possibile accessibili ai cittadini. In tale ottica, la trasparenza si colloca in un senso opposto rispetto al diritto di accesso,

³¹ L. n.15/2009 art. 4, comma 8.

con un'amministrazione che propone e non subisce l'acquisizione delle informazioni in suo possesso su richiesta dei privati. Le modalità di garanzia della trasparenza devono, comunque, rispettare le modalità in materia di diffusione delle informazioni previste dalla legge in quanto una sovraesposizione del cittadino ad una quantità eccessiva e ridondante di dati rischia di essere controproducente e confusionaria. La pubblicazione di dati personali concernenti i pubblici dipendenti deve comunque riguardare esclusivamente quelle informazioni indispensabili a determinare l'adeguatezza del grado di professionalità del soggetto in relazione al proprio ruolo ricoperto all'interno dell'amministrazione, non ledendo il proprio diritto di riservatezza, garantito invece ad altre categorie di lavoratori.³²

Per concludere, con la legge n.15/2009, ed il successivo decreto lgs. 150/2009, mutano gli obiettivi e l'oggetto della trasparenza: da strumento per garantire la tutela di situazioni giuridiche soggettive, ad uno strumento per consentire un controllo diffuso sull'agire amministrativo; inoltre, essa non trova più la sua realizzazione solamente tramite l'accesso ai documenti ma con la pubblicazione delle informazioni sui siti istituzionali. La disciplina dell'accesso delineatasi fino a questo punto, seppur innovativa rispetto al passato, risulta estremamente frammentata, rendendo così necessario un successivo intervento legislativo di riordino e semplificazione, concretizzatosi con il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 il c.d. Decreto Trasparenza. Quest'ultimo intervento normativo svincola l'amministrazione dall'accertamento dell'esistenza di un interesse tale da giustificare la richiesta di conoscere, e, dall'altro, estende l'applicazione del diritto di accesso a qualsiasi documento o informazione in possesso dall'amministrazione. Il decreto lgs. 33/2013 riconosce, quindi, un diritto a chiunque di praticare l'accesso civico per tutte quelle informazioni per le quali risulti non adempiuto l'obbligo di pubblicità ed è, per tale ragione, azionabile senza la necessità di motivarne l'istanza. Secondo il Legislatore è proprio grazie all'accesso diretto all'intero patrimonio informativo delle pubbliche amministrazioni che è possibile la prevenzione di fenomeni corruttivi che, frequentemente, si annoverano in delicati settori dell'agire amministrativo.

³²Sarcone V., *«Dalla «casa di vetro» alla «home page»: la «trasparenza amministrativa» nella legge 15/2009 e nel suo decreto attuativo (passando per la legge n.69/2009)»*, in *Amministrativamente.it*, 2009.

Successivamente è intervenuto, in materia di accesso e trasparenza, un altro decreto legislativo attuativo della riforma Madia, ovvero il decreto n.97/2012, che ha operato un'estensione del diritto di accesso, prima limitato alle sole informazioni relative l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, ed ora esteso anche ai dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, aprendo ad una nuova tipologia di accesso, il c.d. accesso civico generalizzato.³³

1.7 L'accesso civico semplice e l'accesso civico generalizzato

L'accesso civico si configura come una più ampia accezione del diritto all'informazione in base al quale qualsiasi cittadino può richiedere di avere accesso alle informazioni detenute dalle amministrazioni pubbliche. Questo istituto è più evoluto rispetto a quello generale previsto dalla legge 241/1990 in quanto viene sancito un obbligo nei confronti della P.A di garantire la pubblicità delle informazioni ed eleva il diritto di accesso ad un diritto soggettivo riconosciuto a chiunque desideri esercitarlo, invertendo così il tradizionale rapporto di subordinazione tra amministrazione ed amministrati. Si realizza tramite due fasi distinte; la prima di competenza dell'amministrazione che deve operarsi per assicurare le condizioni di esercizio di tale diritto, la seconda invece in cui il ruolo centrale lo gioca il cittadino, che partecipa mediante un controllo dell'operato dei pubblici poteri. La differenza sostanziale tra il diritto di accesso documentale e il diritto di accesso civico si sostanzia nell'assenza in quest'ultimo di una limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente e non vi è l'obbligo della motivazione e il carattere della gratuità. I due istituti condividono infatti i rimedi di tutela giurisdizionale ma non l'ambito soggettivo di legittimazione, in quanto il richiedente non deve provare di avere un interesse diretto, attuale e concreto per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti. Anche nel contenuto questi due strumenti si differenziano in modo sostanziale, in quanto l'accesso ai documenti è condizionato dall'esistenza di un documento amministrativo già formato ed idoneo ad essere utilizzato dal soggetto richiedente per la propria tutela, a

³³Pocchia R., *“La trasparenza degli atti amministrativi, tra obbligo di pubblicità e tutela della privacy: l'ordinanza di ingiunzione del Garante privacy nei confronti della regione Lombardia (prov. n.296/2021)”*, in Amministrazione e contabilità dello Stato e degli Enti pubblici, 2021.

differenza di quello civico dove ciascun cittadino può acquisire dati ed informazioni in un'ottica di controllo diffuso sull'operato dall'amministrazione. Le due modalità di accesso non si escludono a vicenda ma perseguono finalità diverse; quello documentale ha come obiettivo la tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei soggetti che ne facciano specifica richiesta, quello civico invece persegue un obiettivo più generale della correttezza amministrativa. Tale strumento si differenzia in due tipologie, così come quanto disciplinato dall'art.5 d.lgs. 22/2013, che ha dato attuazione alla riforma Madia della PA; da un lato vi è l'accesso civico <<semplice>>, disciplinato al comma dell'art.5 del decreto legislativo, e dall'altro vi è l'accesso civico <<generalizzato>>, previsto invece dal comma 2 del medesimo articolo. L'accesso civico semplice prevede il diritto di chiunque di richiedere dati, documenti ed informazioni sottoposti dalla legge ad obbligo di pubblicazione, nei casi in cui non sia stata omessa la loro pubblicazione. L'intenzione del legislatore è, pertanto, quella di far corrispondere al dovere di pubblicazione gravante in capo alle Pubbliche amministrazioni il diritto dei privati di accedere ai documenti, ai dati e alle informazioni interessati all'inadempienza.³⁴ Si fa riferimento ai documenti che devono essere pubblicati dalle Pubbliche amministrazioni all'interno dell'apposita sezione "Amministrazione trasparente" presente sui siti istituzionali di ciascuna di esse; rientrano dunque quegli atti e dati che di per sé pubblici ed in quanto tali conoscibili e fruibili gratuitamente da parte di ogni cittadino. Un esempio concreto è l'obbligo di pubblicazione del Curriculum Vitae dei dirigenti pubblici dell'amministrazione che, qualora questo non venga reso pubblico, "qualsiasi cittadino" è legittimato ad effettuare l'accesso civico al fine di richiedere la pubblicazione di documento.

L'accesso civico generalizzato, disciplinato al comma 5 dell'art.2 fu introdotto per favorire una forma diffusa di controllo sulle funzioni pubbliche sull'utilizzo delle risorse, garantendo il diritto a chiunque di accedere a dati e documenti detenuti dalle amministrazioni pubbliche, ulteriori a quelli sottoposti all'obbligo di pubblicazione. L'adozione del decreto lgs. 97 del 2016, conosciuto come decreto FOIA dal modello statunitense freedom of information act, segna un altro passo importante nelle varie fasi della trasparenza amministrativa nel nostro

³⁴ AA.VV., Segretario Comunale, 2019, Simone Editore, Napoli.

ordinamento a partire dalla legge 241/1990, fase che può essere denominata come “terza generazione” della stessa, nel quale si è andati verso una razionalizzazione degli obblighi informativi previsti dal decreto 33, ed un ampliamento della conoscibilità dell’azione amministrativa attraverso proprio il riconoscimento di un accesso civico “generalizzato”. La massimizzazione degli obblighi di trasparenza ha provocato una sorta di burocratizzazione della stessa; pertanto, il legislatore ha ritenuto necessario intervenire per rafforzare questo sistema di pubblicità mediante una riduzione e semplificazione degli oneri che gravavano sulle amministrazioni. Il decreto lgs. 97/2016 amplia così la nozione di trasparenza intesa ora come l’accessibilità totale ai documenti e dati delle amministrazioni pubbliche per promuovere la tutela e la partecipazione dei cittadini all’attività amministrativa ed un controllo della stessa e non solamente come uno strumento volto alla prevenzione di fenomeni corruttivi e cattiva amministrazione. Con l’entrata nel nostro ordinamento dell’accesso civico generalizzato si è affiancato un nuovo regime di accessibilità: la libertà di chiunque di accedere a dati e documenti delle amministrazioni e dagli altri soggetti previsti all’art. 2 bis, e pur non avendo ancora un ancoraggio costituzionale, viene considerata, e soprattutto tutelata, alla pari di un diritto fondamentale. L’articolo successivo contiene due nuovi commi al fine di ridurre gli oneri che gravano sulle amministrazioni: viene affidato all’Anac, l’autorità nazionale anticorruzione, il compito di identificare, qualora siano presenti dati personali e sensibili, i documenti oggetto di pubblicazione riassuntiva e non integrale e gli obblighi di pubblicazione in relazione al grado di esposizione ai fenomeni corruttivi.³⁵L’art.5 del decreto lgs. 33/2013 definisce l’accesso civico generalizzato come il diritto di chiunque ad accedere a dati e documenti delle amministrazioni ulteriori a quelli soggetti all’obbligo di pubblicazione, prescindendo dalla titolarità del soggetto richiedente di interessi giuridici rilevanti, assicurandone comunque la tutela degli stessi in capo a terzi. I limiti previsti per questo istituto sono tuttavia più ampi e generali di quelli individuati per l’accesso documentale. L’articolo 5 prevede che l’istanza non debba identificare in modo

³⁵Colapietro C., *“La “terza generazione” della trasparenza amministrativa: dall’accesso documentale all’accesso civico generalizzato, passando per l’accesso civico”*, Editoriale scientifica, 2016.

preciso i dati o documenti per i quali è richiesto l'accesso, e la richiesta può essere effettuata, così anche come in quello semplice, anche in via telematica ai presenti soggetti:

- All'Ufficio relazioni con il pubblico (URP);
- All'ufficio che detiene i documenti;
- Al responsabile della prevenzione della corruzione e trasparenza, se l'istanza ha come oggetto documenti o dati sottoposti ad obbligo di pubblicazione.³⁶

Il procedimento deve concludersi con un provvedimento, entro 30 giorni dalla presentazione dell'istanza, e deve espresso e motivato. Inizialmente il Governo aveva previsto per entrambe le tipologie di accesso civico lo strumento del silenzio-rigetto, ma tale misura non avrebbe favorito lo sviluppo di un modello di trasparenza in quanto il cittadino non avrebbe potuto conoscere l'esito della propria richiesta, costringendolo ad agire in giudizio senza però conoscere le reali motivazioni per la quale la propria istanza è stata rigettata. La richiesta deve essere inoltrata anche ai controinteressati, nel caso cui vi siano, i quali hanno dieci giorni per potersi opporre sospendendo così il termine previsto per la pronuncia dell'amministrazione. Nel caso di accoglimento della richiesta in assenza di controinteressati o di una loro mancata opposizione, l'amministrazione deve pubblicare sui propri siti istituzionale i dati o i documenti oggetto della richiesta e deve altresì informare il richiedente della avvenuta pubblicazione. Nel caso in cui un controinteressato si opponga ma l'amministrazione abbia accolto la richiesta, quest'ultima trasmette i dati al richiedente dopo quindici giorni dal ricevimento dell'opposizione, termine entro il quale i controinteressati possono ricorrere. Nel caso di diniego totale o parziale o di mancata risposta, può essere presentata una richiesta di riesame della richiesta al responsabile della prevenzione della corruzione e trasparenza che deve pronunciarsi entro un termine di venti giorni; nel caso in cui però i documenti contengano dati personali il Responsabile dovrà chiedere il parere del Garante per la protezione dei dati personali, il quale si pronuncia entro quindici giorni dalla richiesta. Tuttavia, in caso di mancata accettazione dell'istanza il soggetto interessato non ha una tutela giustiziale effettiva e sostanziale in quanto si predilige un sistema diffuso di ricorsi amministrativi preferendo dunque una tutela

³⁶ D.lgs. n.33/2013, art. 5

di tipo giudiziale dinnanzi al giudice amministrativo. Al soggetto viene comunque assicurata la tutela giurisdizionale, pertanto potrà comunque fare ricorso contro l'amministrazione o al responsabile della prevenzione della corruzione e trasparenza anche dinnanzi al tribunale amministrativo regionale.

L'articolo 5bis del decreto lgs. 33/2013, inserito dal decreto 97/2016, riporta tutti i casi in cui l'accesso civico generalizzato non trova applicazione e dunque dei veri e propri limiti al suo esercizio. Il diniego è necessario in cui l'accesso possa recare pregiudizio alla tutela di interessi pubblici quali:

- La sicurezza e l'ordine pubblico;
- La sicurezza nazionale;
- La difesa e questioni militari;
- Relazioni internazionali;
- Politica economia e finanzia dello Stato ecc.³⁷

Il secondo comma dell'art.5bis specifica, inoltre, altri in cui l'accesso civico non trova applicazione ovvero in quei casi in cui il suo esercizio potrebbe recare un pregiudizio ad interessi privati quali, ad esempio, gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, i dati personali, la libertà e la segretezza della corrispondenza.

Si è visto come l'accesso civico e quello documentale sono stati istituiti con finalità differenti tra loro, ma l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n.10 del 2 Aprile 2020 ha specificato come queste due tipologie istituite possano concorrere insieme in un'unica istanza. L'amministrazione, infatti, ha il dovere di esaminare la richiesta di accesso ai documenti, formulata in modo generico, anche sotto il profilo dell'accesso civico qualora emergano i presupposti necessari per la sua applicazione e nel caso in cui l'interessato non abbia fatto una specifica richiesta di limitare la sua richiesta ad uno dei due istituti. Tuttavia, è bene sottolineare come rimangano due fattispecie ben distinte sia in termini di finalità che di disciplina e nonostante la possibilità che concorrano insieme viene esclusa una sovrapposizione o alternatività delle stesse.³⁸La giurisprudenza per molto tempo è stata divisa sulla possibile applicazione dell'accesso civico ai documenti anche in materia di gare d'appalto. Un primo orientamento era favorevole

³⁷ D.lgs. n.33/2013, art. 5 bis, comma 1.

³⁸ Pedaci A. "Procedimento amministrativo, accesso e privacy", Edizioni giuridiche Simone, 2020.

all'applicazione dell'istituto anche in questa materia in attuazione del principio di trasparenza dell'azione amministrativa, un secondo invece risultava sfavorevole all'estensione dello stesso sulla base dell'art.5bis del d.lgs. 33/2013 che ne esclude l'applicazione nei casi previsti dalla legge, compresi quelli il cui accesso è subordinato alla disciplina dell'art. 53 del decreto lgs. 50/2016 delle procedure di gara. In merito è intervenuta la sentenza sopra citata dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n.10 del 2020, e recentemente anche il Consiglio di Stato nella sez. V del 11.04.2022 n.2670, che ha affermato l'applicabilità dell'accesso civico anche nella materia dei contratti ed appalti pubblici in quanto ha ricordato come la finalità dell'istituto è quella di favorire forma diffuse di controllo sulle funzioni istituzionali e l'utilizzo delle risorse pubbliche, oltre che promuovere la partecipazione ed il dibattito pubblico. L'Adunanza Plenaria, infatti, ha imposto una lettura restrittiva dei limiti imposti all'accesso civico, sostenendo come non possa essere escluso da intere materie solo per il fatto che le stesse prevedono casi di accesso limitato e condizionato, comportando così la vanificazione dello strumento dell'accesso generalizzato a favore di quello documentale³⁹.

³⁹ Redazione, "Accesso agli atti: cenni alla normativa e peculiarità della disciplina in materia di contratti pubblici", in *Sentenzeappalti.it*, 2022.

Capitolo 2

Sommario: 2.1 I contratti pubblici; 2.2 Il principio di trasparenza negli appalti pubblici; 2.3 La pubblicità negli appalti pubblici; 2.4 L'accesso agli atti nel settore degli appalti; 2.5 I casi di esclusione; 2.6 La posizione della Corte di Giustizia.

2.1 I contratti pubblici

A partire dai primi anni '70 furono emanate una serie di direttive comunitarie che miravano ad assicurare la partecipazione degli attori del sistema economico comunitario alla possibilità di contrarre con le pubbliche amministrazioni europee. L'efficacia di tali direttive fu, però, piuttosto circoscritta in quanto vennero considerate solo le amministrazioni pubbliche (Stato ed Enti territoriali); inoltre, le direttive disciplinavano solamente le procedure da adottare in caso di stipula di contratti di appalto di lavori e di forniture. Non venivano dunque menzionate e disciplinate anche le altre tipologie di contratti pubblici quali quelli conclusi in settori come i trasporti pubblici ed energia. Fu proprio in questo periodo e grazie a questi interventi legislativi europei che iniziò l'adeguamento della normativa nazionale a quella comunitaria, in primis con la Legge Merloni che recepì la direttiva 93/37/CE, che operò per rinnovare la disciplina della materia cercando di rafforzare in particolar modo sulle procedure di affidamento dei contratti pubblici, complici anche gli scandali dell'epoca che resero necessario un intervento legislativo volto ad assicurare maggiori controlli sulla selezione della controparte contrattuale e trasparenza delle procedure di affidamento e delle gare stesse. Nel 2006 tale legge venne abrogata con l'emanazione del decreto lgs. 163/2006, ovvero il "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture"⁴⁰, che si ispirava ai principi comunitari di trasparenza, non discriminazione e proporzionalità, che dava attuazione alle Direttive Comunitarie n.17 e 18 del 2004, e unificava così la disciplina dei contratti della Pubblica Amministrazione in unico testo normativo superando la frammentarietà normativa nella materia.⁴¹Tuttavia, il Codice presentava una struttura tutt'altro che semplice e gli interventi legislativi successivi andarono a creare una sovrapposizione di

⁴⁰ D.lgs. n.163/2006.

⁴¹ Sanino M., "Commento al codice dei contratti pubblici", UTET, Torino, 2007.

disposizioni e norme che portano ad uno stravolgimento dello stesso, dovendo successivamente operare una razionalizzazione della materia dei contratti. Rilevante fu il recepimento di tre direttive comunitarie all'interno del Codice: la direttiva 2014/24/UE in materia di appalti pubblici, la 2014/25/UE per i settori speciali, e la 20174/23/UE, che introduce una nuova disciplina i contratti di concessione di lavori e servizi.⁴²Le nuove direttive si focalizzano sul legame tra il settore degli appalti e la programmazione europea 2013/2020 (Strategia Europea 2020) puntando molto sul creare un'economia dell'innovazione, facendo rientrare in questa visione del tutto riformativa anche, oltre agli appalti, anche i contratti di concessione, che sino ad allora non erano mai stati oggetto di una specifica disciplina. Gli obiettivi di fondo a questi interventi da parte del legislatore comunitario avevano innanzitutto come finalità quella di migliorare l'utilizzo dei fondi europei andando a proporre nuove procedure semplificate e più trasparenti e competitività ecc. Il recepimento delle tre nuove direttive comunitarie non è stato semplice ed immediato in quanto l'assetto normativo della materia risultava ancora ed ancora incompleto in quanto rimanevano ancora esclusi dalla disciplina partenariato pubblico-privato, le normative statali settoriali, e leggi regionali. La legge delega n. 11/2016 che affidava al Governo il compito di recepire le tre direttive del parlamento Europeo, dunque, si inseriva in un contesto turbolento e perseguiva due principali obiettivi: quello di recepimento e di codifica delle direttive comunitarie, riordinando ed armonizzando le disposizioni nuove con quelle precedenti; ed operare una semplificazione delle procedure, pur considerando i principi cardine della materia quali la trasparenza e la lotta alla corruzione. La legge 11/2016 prevedeva, inoltre, l'adozione di un nuovo codice contenente meno disposizioni più chiare e semplici oltre a diversi punti quali gli strumenti di regolamentazione flessibile, prevedendo alcune deroghe al divieto di gold plating, la qualificazione obbligatoria per le amministrazioni che vogliono svolgere le funzioni di stazioni appaltante; l'istituzione di un albo dei commissari di gara presso l'A.N.A.C., il rating di legalità, il rafforzamento dei poteri attribuiti all'Autorità Nazionale anticorruzione.

Il nuovo codice dei contratti pubblici, il Decreto legislativo n.50 del 18 Aprile 2016, ha integrato dunque le disposizioni comunitarie e, dopo l'approvazione dele

⁴² Clarich M., *"Manuale di diritto amministrativo. Terza edizione"*, Il Mulino, 2017.

Camere e la firma del Capo dello Stato, è stato ufficialmente pubblicato in Gazzetta Ufficiale. L'art.216 definisce l'ambito di applicazione, ovvero si applica *«alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte»*⁴³ Rispetto al testo normativo precedente, il nuovo Codice risulta sicuramente molto più snello e meno articolato in quanto è stata fatta una riduzione degli articoli (da 630 a 220) ed un cambiamento della struttura, organizzata con il testo attuale in 6 parti. Il Codice individua due tipologie di contratti in base all'importo del lavoro o servizio da effettuare, che può essere al di sotto o al di sopra delle soglie che sono state individuate dal legislatore comunitario, alle quali corrispondono delle discipline normative differenti. Nel caso in cui un contratto pubblico presenti un importo superiore alle soglie di riferimento, esso sarà assoggettato alle procedure europee in quanto sarà di rilevanza comunitaria, obbligando l'amministrazione contraente a rendere pubblica la gara a tutti gli Stati membri e consentendo la partecipazione a tutti gli operatori economici che abbiano i requisiti richiesti. Il legislatore nazionale nel Codice ha previsto la disciplina sia dei contratti di rilevanza comunitaria sopra soglia sia quelli sottosoglia, valore che fa riferimento all' *<<importo stimato del contratto al netto dell'imposta sul valore aggiunto>>*⁴⁴. Le nuove soglie comunitarie, modificate dalla Commissione Europea con quattro regolamenti, sono entrate in vigore il 1° Gennaio 2022 e avranno validità per il biennio 2022-2023. Le nuove soglie prevedono:

Per i settori ordinari:

- €5.382.000 per gli appalti pubblici di lavori;
- €140.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle autorità governative centrali; se gli appalti pubblici di forniture sono aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici operanti

⁴³ Art.126 18 aprile 2016, n. 50 Codice dei contratti pubblici

⁴⁴ Caringella F., *“Il sistema del diritto amministrativo. I nuovi contratti pubblici”*, Dike Editore, 2017

nel settore della difesa, la soglia si applica soltanto agli appalti concernenti i prodotti menzionati nell'allegato VIII;

- €215.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione qualora questi siano aggiudicati: da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali e da autorità governative centrali che operino nel settore della difesa.

Per gli appalti nei settori speciali invece le soglie sono:

- €5.382.000 per gli appalti di lavori pubblici;

-€431.000 per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione, anche nel caso in cui vengano aggiudicati da autorità governative centrali che operano nel settore della difesa;

-€1.000.000 per i contratti di servizi, per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati all'allegato IX.

Per le concessioni:

-€5.382.000.⁴⁵

I contratti della Pubblica Amministrazione vengono stipulati seguendo una procedura di evidenza pubblica, in quanto si vuole assicurare la massima trasparenza delle procedure messe in atto dalle amministrazioni, l'oggetto dell'accordo e le modalità della scelta del contraente a cui verrà affidato poi il lavoro o servizio di interesse. Un istituto innovativo introdotto dal decreto è il dibattito pubblico, uno strumento di governance partecipativa che permette di coinvolgere la cittadinanza nella scelta riguardanti la realizzazione delle grandi opere, in particolare in riferimento alla localizzazione di quelle aventi un impatto ambientale, economico e sociale sul territorio, prevenendo anche eventuali contenziosi in merito alla realizzazione delle opere stesse. Il dibattito pubblico consiste in un'assemblea a cui possono partecipare le amministrazioni coinvolte e tutti gli stakeholders, ovvero tutti i soggetti che sono portatori di un interesse e

⁴⁵ "Le nuove soglie comunitarie 2022-2023", ANCE Catania, 22 Novembre 2021, <https://www.ancecatania.it/2021/11/22/le-nuove-soglie-comunitarie-2022-2023/>.

che hanno una posta in gioco collegata all'oggetto della realizzazione. Il dibattito ha una durata massima di 4 mesi dalla data della convocazione e ciò che emerge non è un parere vincolante ma deve essere preso in considerazione nella fase di progettazione del progetto finale.⁴⁶ Vi è, inoltre, un obbligo di pubblicità, in quanto le amministrazioni aggiudicatrici devono rendere pubblico, sui rispettivi siti internet, sia i progetti di fattibilità delle opere interessate che gli esiti del dibattito pubblico, allegando i rapporti degli incontri e dei dibattiti avvenuti con gli stakeholder interessati.

L'affidamento viene disciplinato all'art. 32 del codice e si configura come un procedimento amministrativo articolato in più fasi. La prima è caratterizzata dall'avvio delle procedure da parte dell'amministrazioni aggiudicatrice con la previsione della delibera a contrarre e del bando di gara. La delibera a contrarre è un atto unilaterale dell'amministrazione volta ad individuare le procedure e le modalità di selezione dei contraenti privati e riporta tutti gli elementi essenziali del contratto. Segue la pubblicazione del bando di gara che deve essere redatto seguendo i modelli previsti dall'Autorità Nazionale anticorruzione uniformati a livello europeo; le amministrazioni possono decidere di discostarsi dal modello tipo previsto, dovendo però fornire delle adeguate motivazioni. Il bando di gara deve contenere tutte le informazioni necessarie ai fini della partecipazione alla gara quali ad esempio i requisiti di cui le aziende partecipanti devono essere in possesso, l'oggetto del contratto, i termini, i criteri di aggiudicazione e selezione ecc. Nella definizione dell'oggetto del contratto e i requisiti necessari per la partecipazione, l'amministrazione gode di un ampio potere discrezionale ma deve attenersi e rispettare i principi di proporzionalità e concorrenza. Il bando di gara non si configura come un atto immediatamente lesivo e solitamente può essere impugnato insieme al provvedimento finale nel caso di controversie. Tuttavia, nel caso in cui presenti evidenti discriminazioni volte ad escludere la potenziale partecipazioni di alcune aziende, il bando può essere impugnato subito in quanto si presenta come un atto con carattere immediatamente escludente. La seconda fase invece è dedicata alla scelta dei partecipanti alla gara mediante una di tre procedure previste dal Codice: procedure aperte, ristrette e negoziate. Nelle procedure aperte (l'asta pubblica) ciascun operatore

⁴⁶ Clarich M., "Manuale di diritto amministrativo. Terza edizione", Il Mulino, 2017.

interessato partecipare alla gara e presentare un'offerta, a differenza di quelle ristrette nelle quali tutti i soggetti interessati possono partecipare ma solamente quelli invitati dall'amministrazione aggiudicatrice possono presentare la propria offerta. In via eccezionale nei casi previsti dal Codice possono essere adottate anche procedure negoziate, che prevedono delle consultazioni in via informale tra l'amministrazione e le aziende che partecipano. Nelle ultime due modalità è presente una fase di prequalifica per la valutazione delle offerte, nel quale le stazioni appaltanti selezionano le imprese e i requisiti che devono possedere. I casi di esclusione dalla gara sono esclusivamente quelli previsti all'art.83 comma 8 del Codice per irregolarità o non possesso dei requisiti esplicitamente richiesti e previsti dal bando. La terza ed ultima procedura infine è quella che prevede la valutazione delle offerte, al termine della quale vi sarà la scelta dell'azienda con cui l'amministrazione concluderà il contratto per l'affidamento del lavoro o servizio. Il Codice prevede due tipologie di procedure per la valutazione: l'offerta che presenta il prezzo basso (e dunque l'amministrazione non ha margine di discrezionalità nella scelta in quanto è un parametro oggettivo), criterio che viene utilizzato solitamente per contratti con un importo inferiore a certe soglie, e l'offerta con il miglior rapporto qualità/prezzo, che invece richiede un'analisi di vari aspetti (ad esempio l'impatto ambientale). I vari punti da valutare hanno un punteggio ponderato in base alla rilevanza e alla portata dell'impatto del lavoro da eseguire vengono giudicati da una commissione nominata appositamente dalla stazione appaltante costituita da esperti iscritti all'Albo e che deve essere approvata dall'ANAC entro cinque giorni dalla richiesta. La quarta fase è quella dell'aggiudicazione nel quale viene formulata la graduatoria e dichiarata l'azienda vincitrice con un atto di approvazione della stazione appaltante. Tuttavia, l'accettazione definitiva dell'offerta non è tale fino a che non viene esperito un ulteriore controllo sui requisiti posseduti dall'offerente dichiarati nella propria domanda di partecipazione; dopo tale verifica l'amministrazione stipula il contratto entro sessanta giorni. Qualora la stazione appaltante rilevi delle offerte eccessivamente basse si attiva un ulteriore procedimento di verifica con un contraddittorio con le imprese interessate, invitandole a giustificare il prezzo in quanto si vuole evitare di incorrere in offerte che non presentino il carattere della serietà. Il Codice prevede inoltre alcune procedure innovative per l'affidamento dei lavori e servizi tra le quali troviamo il dialogo competitivo, utilizzato quando la

stazione appaltante non ha le conoscenze necessarie per definire i requisiti nel bando di gara e quindi si confronta in modo informale direttamente e separatamente con tutte le imprese sulle soluzioni da inserire; il partenariato per l'innovazione, disciplinato all'art.65 del Codice, che si attua qualora vi sia l'esigenza di sviluppare nuovi prodotti e soluzioni non presenti sul mercato, e le aste elettroniche, ammesse solamente nei casi in cui l'aggiudicazione può avvenire sulla base di elementi espressi con valore numerico (prezzi, tempi ecc...) che possono essere confrontanti in modalità telematica, dopo una prima valutazione eseguita dalla stazione appaltante delle offerte presentate. Per concludere, la stipulazione del contratto vero e proprio, come già affermato in precedenza, avviene secondo le norme di diritto privato. Vigge il principio dell'invariabilità del contratto, in quanto delle modifiche eccessive allo stesso in fase di esecuzione potrebbero compromettere la correttezza della gara; eventuali variazioni sono previste solo nei casi previsti dal Codice e non devono comportare un aumento superiore ad un quinto del valore del contratto. Quest'ultimo inoltre non può essere ceduto dall'azienda affidataria a soggetti terzi, tranne nei casi del subappalto, grazie al quale è consentito un trasferimento delle prestazioni (entro una percentuale del 30%) ad altre imprese di fiducia, salvo l'obbligo in capo all'azienda offerente di dichiarare prima della gara l'intenzione di ricorrere a tale istituto. Lo scioglimento del vincolo contrattuale può avvenire sotto la forma del recesso o della risoluzione. La stazione appaltante può recedere dall'accordo in ogni momento dello svolgimento del contratto, previo pagamento del costo di materiale o ulteriori spese sostenute dall'azienda e di un indennizzo, così come quanto previsto dall'art.109 del Codice. La risoluzione del contratto invece è prevista in casi di grave inadempimento o ritardi nell'esecuzione dei lavori, obbligando l'appaltatore inadempiente a sostenere la spesa per l'affidamento delle prestazioni ad un'altra azienda.

47

⁴⁷ Clarich M., "Manuale di diritto amministrativo. Terza edizione", Il Mulino, 2017.

2.2 Il principio di trasparenza negli appalti pubblici

Il Codice dei contratti pubblici, il D.lgs. 50/2016, opera un riordino anche in materia in tema di obblighi di trasparenza, presenti in altri settori ed ambiti di attività della Pubblica Amministrazione. La lotta contro il fenomeno corruttivo, in particolar modo nel settore degli appalti pubblici, è da tempo perseguita dal legislatore del nostro ordinamento a partire dalla legge 190 del 2012, normativa che prevedeva dei livelli minimi di trasparenza che dovevano essere assicurati. L'articolo 1 di tale legge prevede una serie di informazioni minime da pubblicare sui siti istituzionali delle stazioni appaltanti, relative all'affidamento dei lavori e servizi e le modalità e le procedure di scelta dei contraenti, informazioni che devono essere trasmesse in seguito all'ANAC annualmente. Un altro importante intervento normativo nella materia della trasparenza amministrativa è sicuramente il d.lgs. 33/2013, decreto attuativo della delega contenuta nella legge anticorruzione, che ha realizzato un riordino degli obblighi di pubblicità a carico delle amministrazioni pubbliche, oltre all'introduzione del nuovo istituto dell'accesso civico, che attribuisce a ciascun cittadino il diritto di richiedere la pubblicazione di informazioni, dati e documenti assoggettati all'obbligo di pubblicazione sui siti istituzionali qualora questa sia stata omessa. In merito alla trasparenza nel settore degli appalti pubblici, il decreto n.33/2013 prevede solamente due articoli, l'art.37 e l'art.38, nei quali viene affermato solamente la vigenza degli obblighi di trasparenza e pubblicità previsti dal Codice dei contratti pubblici e dalla legge anticorruzione. Viene introdotta una distinzione di due tipologie di obblighi: gli «obblighi di pubblicazione concernenti i contratti pubblici» derivanti dalla disciplina speciale sull'attività contrattuale delle PA e gli altri «obblighi di pubblicità legale» riconducibili disposizioni della normativa anticorruzione. L'articolo 37 introduce l'obbligo di pubblicazione della delibera a contrarre nel caso in cui si faccia ricorso alla procedura negoziata senza bando; l'articolo successivo invece impone l'obbligo di pubblicazione delle informazioni relative alle procedure di programmazione e realizzazione delle opere. Tale meccanismo è stato introdotto al fine di consentire ed assicurare un controllo sull'utilizzo delle risorse pubbliche ed i programmi per la realizzazione di lavori.

Va inoltre menzionato anche l'articolo 23 relativo agli obblighi di pubblicazione dei procedimenti amministrativi, che in materia di appalti pubblici consiste nell'obbligo di pubblicare i provvedimenti finali dei procedimenti di scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, anche con riferimento alla modalità di selezione prescelta. L'intervento del legislatore in materia di trasparenza operato con il d.lgs. n. 33/2013 non è riuscito tuttavia ad effettuare un pieno riordino in quanto vi è stata una mancanza di coordinamento tra i vari interventi legislativi che hanno portato ad una sovrapposizione delle disposizioni riguardanti gli obblighi informativi. È stato necessario un ulteriore intervento legislativo, la Legge Madia (l. 124/2015), che ha richiesto l'adozione di un nuovo decreto per il riordino degli obblighi di trasparenza, in concomitanza anche all'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici che ha dettato norme in materia di pubblicità introducendo nuovi obblighi in capo alle amministrazioni pubbliche nei casi in cui decidano di concludere un contratto. Nel nostro ordinamento la conoscibilità dei dati viene assicurata grazie a tre particolari procedure. La prima viene ricondotta al tradizionale diritto di accesso documentale disciplinato dalla l. n. 241/1990 all'articolo 22 e seguenti, consentito solamente ai soggetti legittimati titolari di situazione giuridica soggettiva. La seconda, prevista dal decreto lgs. 33/2013, che impone alle amministrazioni di pubblicare i dati, documenti o informazioni previamente individuati dalla legge nei propri siti istituzionali, con la previsione del rimedio dell'accesso civico per le ipotesi di inadempienza dell'amministrazione, ed infine il regime dell'"accessibilità diffusa o generalizzata", introdotto dal d.lgs. n. 97/2016, che riconosce in capo a chiunque il diritto di accedere a tutti i dati in possesso delle amministrazioni tranne quelli espressamente esclusi dalla legge. Tutte le queste modalità si applicano anche al settore degli appalti pubblici in riferimento agli atti di gara. In primo luogo, le amministrazioni aggiudicatrici sono sottoposte al regime di pubblicità in base a quanto previsto dagli artt. 37 e 38 del decreto lgs. n. 33/2013 e dall'art. 29 del Codice dei contratti (recanti il titolo di *principi in materia di trasparenza*) che impongono l'obbligo di pubblicazione sui siti istituzionali di tutti i dati, i documenti e le informazioni individuati dalla legge. Come rimedio in caso di inosservanza da parte delle amministrazioni agli obblighi di pubblicazione, l'ordinamento ha previsto l'istituto dell'accesso civico che consente a chiunque di accedere ai documenti, dati e informazioni relativi agli atti

di gara che per legge devono essere pubblicati. Per gli atti relativi alle procedure di affidamento invece è possibile ricorrere all'istituto dell'accesso civico generalizzato, il c.d. FOIA, che assicura a chiunque di richiedere all'amministrazione la pubblicazione di dati, documenti o informazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del d.lgs. n.33/2013 senza l'obbligo di motivazione, sempre che non rientrino nelle ipotesi di esclusione definite dalla legge. Infine, è previsto, anche in tale materia, l'accesso documentale, disciplinato dalla legge 241 del 1990 per una conoscenza più approfondita dei documenti di interesse (laddove il soggetto richiedente possieda i requisiti necessari per presentare l'istanza). Nel nuovo sistema delineatosi alla luce degli ultimi interventi normativi, dunque, il regime di pubblicità si delinea come la modalità privilegiata in tema di contratti pubblici. Tuttavia, l'art.29 del nuovo Codice dei contratti non prevede come istituto quello dell'accesso civico generalizzato, nonostante il legislatore e le linee guida dell'ANAC lo abbiano considerato come una modalità regolare per attuare il principio di trasparenza, salvo i casi in cui l'accesso possa provocare una lesione di interessi pubblici o privati che per legge sono tutelati. Tale articolo infatti considera il regime di pubblicità unicamente come modalità di trasferimento delle informazioni delle procedure di gara, operando un riordino degli obblighi di pubblicazioni previsti a carico delle amministrazioni aggiudicatrici. Il legislatore, tuttavia, con la previsione dell'art. 29, ha voluto enfatizzare il ruolo della trasparenza nel settore dei contratti ed appalti pubblici, settore considerato a rischio ed esposto a fenomeni corruttivi, e concependolo come uno strumento importante di controllo sociale diffuso della corretta esecuzione delle gare ed utilizzo delle risorse pubbliche, non più limitato solamente ad una singola procedura così come quanto era previsto dalla normativa precedente. Il susseguirsi di interventi normativi ha portato ad un ampliamento dei soggetti destinatari degli obblighi di pubblicità. In particolare, la legge n.190/2012 a cui fa esplicito rinvio la versione originaria del d.lgs. n.33/2013, delinea come soggetti destinatari degli obblighi di pubblicazione le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2 del d.lgs. n. 165/2001, gli enti pubblici nazionali e le società partecipate dalle amministrazioni pubbliche e dalle loro controllate limitatamente alla loro attività di pubblico interesse. In riferimento al settore dei contratti pubblici, l'ANAC, con delibera n. 39/2016, ha espressamente definito come soggetti tenuti al rispetto degli obblighi di

pubblicazione relativi ai contratti pubblici sono, oltre a quelli già sopra citati, anche quelli indicati all'art. 11, d.lgs. n. 33/2013 con l'ulteriore specificazione che operino come stazioni appaltanti. In riferimento all'ambito oggettivo di applicazione della disciplina in materia di pubblicazione degli atti, ai sensi dell'art. 1 comma 32 della legge 190/2012, le stazioni appaltanti sono tenute alla pubblicazione dei seguenti dati sui rispettivi siti istituzionali: la struttura proponente; l'oggetto del bando; l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte; l'aggiudicatario; l'importo di aggiudicazione; i tempi di completamento dell'opera, servizio o fornitura; l'importo delle somme liquidate. Il comma primo dell'art.29 inoltre introduce l'obbligo di pubblicazione dei provvedimenti motivati che determinano le esclusioni dalla procedura di affidamento di lavori e servizi entro i due giorni successivi alla data di adozione, favorendo il nuovo rito processuale accelerato consentendo l'immediata conoscenza ai fini dell'impugnazione in sede giurisdizionale entro 30 giorni, classificandosi come una forma di tutela giurisdizionale antecedente all'aggiudicazione dell'offerta. Le modalità per procedere alla pubblicazione dei dati sono le medesime previste dal decreto trasparenza, e le informazioni devono essere rese pubbliche tramite il profilo del committente nell'apposita sezione "Amministrazione trasparente". Anche i limiti e i rimedi nel caso di mancata pubblicazione sono gli stessi previsti dal decreto lgs. 33/2013. Il comma 2 dell'art. 29, inoltre, prevede un ulteriore adempimento a carico delle amministrazioni, la pubblicazione degli atti anche sul sito del Ministero delle infrastrutture e la piattaforma digitale dell'ANAC.

Il principio di trasparenza, tuttavia, non sempre può essere perseguito al fine di garantire la visione di ogni atto o documento relativo alle gare e procedure contrattuali. Il legislatore all'articolo 29 prevede espressamente i limiti agli obblighi di pubblicazione gravanti sulle amministrazioni aggiudicatrici, ma concorrono ulteriori limitazioni nel caso in cui la diffusione dei dati possa recare un pregiudizio ad interessi pubblici o privati tutelati dal nostro ordinamento. Facciamo riferimento alle ipotesi di esclusione contenute nell'art. 24 della legge n. 241/1990, e quelle previste dall'art. 5 bis del decreto lgs. n. 33/2013. Secondo l'Autorità Nazionale anticorruzione vista la potenziale sovrapposizione di queste due normative deve essere adottata un'interpretazione di tipo restrittivo dalle amministrazioni, valutando caso per caso le istanze di accesso ai dati e

documenti, operando un bilanciamento tra la tutela degli interessi eventualmente coinvolti che devono essere tutelati, e la garanzia di operare il maggior grado di trasparenza.

2.3 La pubblicità negli appalti pubblici

In materia di contratti la trasparenza è tra i principi cardine delle procedure, ed in questo specifico settore si concretizza attraverso norme e adempimenti, tra cui la conoscibilità delle procedure al fine di garantire l'imparzialità e il buon andamento dell'azione amministrativa. Tale principio è attuato altresì mediante specifici obblighi di pubblicazione a carico delle Pubbliche Amministrazioni in riferimento alle procedure bandite, e ciò al fine di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche ponendosi in concreto anche come misura di prevenzione della corruzione. Tali obblighi nel settore degli appalti sono rinvenibili in due normative: l'art. 37 del d. lgs. n.33/2013 (modificato dal d. lgs. n.97/2016) proprio in tema di obblighi di pubblicità a fini di trasparenza e l'art. 29 del d. lgs. 50/2016 (modificato dal d. lg. 56/2017). La pubblicità come disciplinata dall'articolo 37, è una tipologia di pubblicità definibile di tipo conoscitivo, rivolta a tutti i cittadini e volta ad assicurare la trasparenza degli affidamenti in quanto i contratti pubblici si attestano tra le attività amministrative a maggiore rischio di corruzione. L'art.29 del codice dei Contratti, intitolato "Principi in materia di trasparenza", invece, oltre ad integrare gli obblighi di pubblicazione per come previsti dal citato articolo 37 e quindi ad incrementare il livello di trasparenza nel settore, introduce nuovi adempimenti relativi agli obblighi di pubblicità disposti a produrre effetti legali. Attualmente, gli obblighi di pubblicazione sono di due tipologie: quelli relativi agli atti di gara che producono effetti legali pubblicati nei siti istituzionali nell'albo pretorio, e quelli pubblicati nella sezione "Amministrazione trasparente" dei siti istituzionali delle amministrazioni, con lo scopo di informare i cittadini relativamente alle procedure di gara bandite, la tipologia di opere servizi e forniture oggetto delle procedure di gara e i costi degli affidamenti medesimi al fine di favorire quel controllo diffuso.

Sul sito istituzionale delle amministrazioni sono presenti, dunque, almeno due sezioni nelle quali sono pubblicati gli atti e le informazioni relative ad una procedura di gara che presentano finalità diverse: la prima denominata “albo pretorio on line”, oppure “avvisi e bandi” che svolge la funzione di albo on line e assicura la produzione degli effetti legali, e la seconda denominata “Amministrazione trasparente” dove è riportato l’operato dell’amministrazione. La pubblicità che produce effetti legali è finalizzata ad assicurare la conoscenza degli atti pubblicati e legittimare le procedure di gara, e comporta, ad esempio, il decorrere dei termini per la partecipazione e la presentazione delle offerte e per l’impugnazione degli atti della procedura qualora un soggetto voglia porre ricorso. Diversamente, la pubblicità degli atti al fine di assicurare la trasparenza dell’attività dell’amministrazione, di cui all’art. 37 del d. lgs. 33/2013 nella sezione “Amministrazione trasparente”, prevede la pubblicazione di una serie di informazioni della gara quali, per esempio, la stazione appaltante, l’oggetto del bando, l’elenco degli operatori invitati a presentare offerte, l’importo, i tempi di completamento dell’opera, servizio o fornitura ecc. Con la pubblicazione di questi ultimi dati non si producono effetti legali, ma si fa in modo che i cittadini vengano a conoscenza delle procedure di appalti espletate dalle amministrazioni e dei costi delle stesse. Nel caso in cui le amministrazioni decidano di pubblicare informazioni e documenti ulteriori rispetto a quelli per i quali hanno l’obbligo di pubblicazione, possono farlo anonimizzando gli eventuali dati personali presenti. Quanto alla durata della pubblicazione dei dati nella sezione “Amministrazione trasparente”, l’art. 8 del d. lgs. 33/2013 prevede fissa il termine di cinque anni, decorrenti dal 1° gennaio dell’anno successivo a quello in cui sorge l’obbligo di pubblicazione, o comunque fino a che gli atti pubblicati producono i loro effetti. Al termine di questo periodo, i dati saranno ancora conoscibili mediante richiesta di accesso civico, per cui non dovranno più essere conservati, come prevedeva il decreto 33/2013, nella sezione “Archivio”.⁴⁸

L’introduzione dell’art. 29 del codice dei contratti sembra, però, non tenere in considerazione la specificità delle due sezioni sopra citate.

⁴⁸ Corrado A., *“La trasparenza negli appalti pubblici, tra obblighi di pubblicazione e pubblicità legale”*, in *Federalismi.it*, 2018.

Il primo periodo dell'articolo 29 dispone che *“Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, ... devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33”*⁴⁹. La pubblicazione di tutti gli atti di gara predisposti dalle amministrazioni, dovrebbe rispondere all'esigenza di assicurare maggiore trasparenza alla procedura di gara, integrando gli obblighi di pubblicazione di cui all'art. 37, del d. lgs. 33/2013.

L'articolo prevede poi la pubblicazione, nei due giorni successivi all'adozione, dei provvedimenti che determinano le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni alla verifica dei documenti che attestano i motivi di tale esclusione, oltre che alla sussistenza dei requisiti tecnico-professionali e finanziari. Questa procedura di pubblicazione sembra tuttavia rispondere di più ad una esigenza di trasparenza quanto piuttosto a produrre effetti legali, orientato cioè a consentire la conoscenza del provvedimento di esclusione o di ammissione per l'eventuale ricorso in giudizio, così come disposto anche dall'art. 120, comma 2 bis, del codice del processo amministrativo, che prevede la pubblicazione degli atti nella sezione “Amministrazione trasparente”. Ciò che non è espressamente detto, infatti, è che il regime di pubblicità introdotto con l'art. 29, concretizza una nuova ipotesi di pubblicità produttiva di effetti legali, che comporterebbe il relativo onere in capo ai soggetti partecipanti alla gara di accedere alla sezione “Amministrazione trasparente” per prendere conoscenza degli atti pubblicati, anche ai fini della decorrenza dei termini. Detta disposizione ha creato non poche difficoltà interpretative, tant'è che è stato necessario un intervento normativo correttivo con il d. lgs. 56/2017, che cerca di risolvere i problemi pratici derivati dalla collocazione di tale obbligo di pubblicità nell'ambito della sezione “Amministrazione trasparente”. La nuova disciplina prevede, oltre all'obbligo di pubblicare i provvedimenti di esclusione o di ammissione entro due giorni dalla loro adozione, che entro lo stesso termine venga dato avviso ai partecipanti della

⁴⁹ D.lgs. n. 50/2016, art.29, comma 1.

pubblicazione, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti, momento dal quale inizia a decorrere il termine per l'impugnazione. Va precisato che ciò che deve essere conoscibile ai concorrenti sono solo i nominati dei soggetti ammessi ed esclusi dalle procedure; nel caso in cui un partecipante volesse le motivazioni di tali decisioni dovrà ricorrere all'istituto dell'accesso.⁵⁰

Infine, l'ultimo periodo dell'art. 29, comma 1, precisa che *“fatte salve le ipotesi in cui agli atti deve applicarsi il regime di pubblicità in ambito nazionale, di cui all'art. 73, comma 5”*⁵¹ per le restanti ipotesi di pubblicità *“i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente”*.⁵² Il legislatore, tuttavia, non chiarisce in modo esaustivo quale sia la sezione informatica corrispondente al profilo del committente, se faccia riferimento all'“albo pretorio online” presente sui siti istituzionali dell'amministrazione, oppure nella sezione “Amministrazione trasparente”. Ciò che emerge, in conclusione, dalla lettura dell'articolo 29 del codice dei contratti pubblici, è che il Legislatore faccia riferimento per i vari obblighi di pubblicità previsti alla sezione “Amministrazione trasparente” (presente sul profilo del committente) mentre, quando prevede la pubblicazione di bandi e avvisi ai fini della produzione degli effetti giuridici, utilizza genericamente la locuzione “profilo del committente”. Sembra dunque che si stia andando verso una progressiva eliminazione della sezione dell'albo pretorio, assorbito nella sezione “Amministrazione trasparente” che va a comprendere anche quel regime di pubblicità che produce effetti legali. Se da una parte questa scelta di semplificazione, che molte amministrazioni hanno deciso di realizzare, consente di alleggerire le amministrazioni da numerosi oneri ed adempimenti, dall'altra non ci si deve scordare della rilevante funzione giuridica che riveste la pubblicità intesa a produrre effetti legali in termini di legittimità della procedura, funzione che l'ordinamento non ha assegnato alla pubblicità dei dati e documenti su “Amministrazione trasparente”, se non nei casi espressamente previsti dal d. lgs. 33/2013, tra i quali ora va inserito anche il regime di pubblicità delle ammissioni

⁵⁰ Corrado A., *“La trasparenza negli appalti pubblici, tra obblighi di pubblicazione e pubblicità legale”*, in Federalismi.it, 2018.

⁵¹ D.lgs. n. 50/2016, art.29, comma 1.

⁵² D.lgs. n. 50/2016, art. 73, comma 5.

e delle esclusioni alla gara. L'art. 37 del decreto trasparenza circa gli obblighi di pubblicazione nel settore dei contratti pubblici mantiene la dicitura "*fermi....gli obblighi di pubblicità legale*"⁵³, per cui la pubblicazione dei relativi atti nella sezione deputata a produrre effetti legali non sembrerebbe superata dall'art. 29 del Codice dei contratti; attualmente, quindi, pare che per la produzione degli effetti legali, la pubblicazione dei bandi, degli avvisi e degli esiti di gara sul profilo del committente debba ancora trovare posto in "*una apposita sezione dedicata, denominata «Bandi di gara», direttamente raggiungibile dalla home page, facilmente consultabile*". Poiché non sussiste ancora un'abrogazione definitiva tacita del regime di pubblicità legale, sarebbe auspicabile che le Amministrazioni continuassero a tenere separate le due sezioni.⁵⁴

2.4 L'accesso agli atti nel settore degli appalti

L'accesso ai documenti amministrativi rappresenta, anche nel settore degli appalti pubblici, lo strumento cardine per l'effettiva realizzazione del principio di trasparenza. Il diritto di accesso agli atti, nel diritto amministrativo, trova ampia disciplina nella legge 241/1990, in particolar modo agli articoli 22 e seguenti, ma in materia contrattuale il legislatore ha voluto introdurre una normativa speciale ulteriore per i casi di diniego al diritto di accesso, prevista all'articolo 53 del Codice dei contratti pubblici. Tale articolo riprende in modo sostanziale le disposizioni contenute nell'articolo 13 del vecchio Codice dei contratti, il decreto lgs. 163/2006, al fine di garantire delle situazioni giuridiche ritenute non eccessivamente tutelate dalla legge 241/1990, in quanto era sorta la necessità di bilanciare il principio di trasparenza dell'attività amministrativa con la tutela della segretezza delle offerte e di limitare o differire l'accesso a taluni atti, al fine di assicurare il regolare svolgimento delle procedure di gara. In particolare, si pongono delle problematiche derivanti da un lato, dalle esclusioni dal diritto di accesso previste all'articolo 53 comma 5, e dall'altro, dall'eccezione che consente l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto (c.d. "accesso difensivo",

⁵³ D.lgs. n.33/2013, art 37, comma 1.

⁵⁴ Corrado A., "*La trasparenza negli appalti pubblici, tra obblighi di pubblicazione e pubblicità legale*", in Federalismi.it, 2018.

articolo 24, comma 7, della legge n. 241/1990). Sorge dunque la necessità di equilibrare la trasparenza delle procedure con la salvaguardia degli interessi delle stazioni appaltanti e del c.d. “know how” (il saper fare), ossia l’insieme delle informazioni e conoscenze delle imprese, maturate nel corso dell’esercizio professionale dell’attività industriale e commerciale che definisce il grado di competitività della stessa nel mercato. Un accesso a tali dati finalizzato ad una mera esplorazione degli stessi al fine di proporre ricorso in via giurisdizionale non è legittimato dalla legge in quanto non vi è il carattere dell’indispensabilità. In merito si è espresso anche il Consiglio di Stato in una sentenza del 2020 (la sentenza n.4220), che ha stabilito come debba essere operato un bilanciamento di due interessi conflittuali: da una parte il diritto alla riservatezza e tutela dei dati ed informazioni tecniche, commerciali ed industriali, dall’altra il diritto di accesso ai fini della tutela delle situazioni giuridiche soggettive. È il parametro della c.d. “stretta indispensabilità” a costituire il punto di equilibrio tra questi due diritti conflittuali, che, come disciplinato già dall’articolo 24 della legge 241, giustifica la prevalenza del diritto alla tutela dei propri interessi e situazioni giuridiche. Sarà dunque onere del soggetto che richiede l’accesso a documenti contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali, dimostrare il nesso effettivo tra il proprio interesse e gli atti sottoposti a censura, e non un semplice interesse generico. D’altra parte, il soggetto a cui documenti si riferiscono non potrà negare l’accesso invocando il solo diritto alla riservatezza dei propri dati, ma è necessaria la dimostrazione che le informazioni contenuti negli atti sono essenziali per la competizione qualitativa e sviluppo dell’impresa.

La disciplina contenuta nell’art. 53 del Codice, ex art.13 del decreto lgs. 12 aprile 2006, n. 163, analizza in primo luogo il potere di differimento esercitabile nei confronti di una richiesta di accesso. Gli operatori economici, al fine della partecipazione ad una gara, hanno l’obbligo di depositare i documenti relativi alla loro capacità tecnico-economica, come già citato sopra il loro know-how, informazioni che possono essere compromesse con la presa visione degli atti relativi alla gara. Per bilanciare queste due esigenze contrastanti il legislatore ha previsto il differimento dell’accesso ai documenti, specificati nel secondo comma dell’articolo in esame. L’accesso, in questa particolare situazione, è ammesso ma viene posticipato, per assicurare una tutela temporanea degli interessi oppure

per salvaguardare specifiche esigenze dell'amministrazione nella fase preparatoria dei provvedimenti e documenti la cui conoscenza potrebbe compromettere il buon andamento dell'azione amministrativa. L'elenco dei soggetti che hanno presentato le loro offerte non può essere visionato sino al termine della presentazione delle proposte, divieto valido per tutte e tre le procedure previste dal codice ossia quelle aperte, quelle ristrette e negoziate. È prevista un'unica eccezione in queste due ultime ipotesi nelle quali la richiesta d'invito presentata da alcuni soggetti sia stata respinta. In tal caso, l'accesso all'elenco dei candidati ammessi sarà consentito una volta che l'amministrazione ne abbia dato comunicazione ufficiale ai futuri partecipanti. Il legislatore ha voluto evitare eventuali accordi o condizionamenti alla partecipazione della gara, o possibili modifiche dell'offerta in base alla tipologia degli altri concorrenti; il differimento è stato così previsto non solo per i nominativi dei partecipanti ma anche ai documenti da essi presentati, in quanto contenenti informazioni sulle offerte presentate e l'accesso potrebbe alterare il corretto svolgimento della gara. Il differimento dell'accesso non può essere applicato invece nel caso in cui un soggetto faccia richiesta per la visione degli atti relativi ai requisiti di ammissione, i verbali della gara svolta ed i provvedimenti di riammissione delle aziende che erano state precedentemente escluse. La lettera d dell'art. 53 prevede inoltre un'ulteriore ipotesi di differimento dell'accesso, in caso di anomalia dell'offerta in quanto il procedimento di verifica è inserito all'interno della gara. Solamente dopo la procedura d'esame saranno rese note le offerte ritenute inaffidabili, per garantire alla stazione appaltante di operare senza turbative e tutelare i soggetti interessati in quanto gli atti endoprocedimentali non sono impugnabili autonomamente. Il differimento dell'accesso non è invece giustificabile nei confronti degli atti di esclusione dalla gara del concorrente che ha presentato l'offerta e a cui documenti si riferiscono; in tal caso, l'amministrazione comunica entro un termine non superiore a cinque giorni la non ammissione alla gara. Tale disposizione è stata introdotta per assicurare al soggetto destinatario del diniego la possibilità di impugnare il provvedimento in tempi ragionevoli al fine di conoscere le motivazioni del rifiuto dell'offerta presentata. I casi di differimento elencati al presente articolo sono inderogabili, riducendo così la discrezionalità decisionale dell'amministrazione nella valutazione dei vari casi. Al comma 3 dell'art. 53, il Codice ha previsto il divieto assoluto di comunicare a terzi le

informazioni per le quali è previsto il differimento ai sensi del comma secondo; la norma, tuttavia, non specifica concretamente il soggetto responsabile dell'eventuale violazione, identificando in modo generico l'amministrazione come destinataria di tale obbligo. È consentita invece la comunicazione a soggetti terzi dei nominativi delle imprese che avevano avanzato una richiesta di chiarimenti prima della presentazione delle offerte. Decorsi i termini per la presentazione delle offerte è consentito l'accesso alle liste dei partecipanti in quanto non è più possibile la modifica delle proposte presentate. L'inosservanza dei commi 2 e 3, ai sensi del successivo comma 4, è fonte di responsabilità penale per i pubblici ufficiali e gli incaricati di pubblico servizio, ai fini dell'articolo 326 del codice penale, in quanto hanno la possibilità di accedere a informazioni e dati che per legge devono rimanere segreti. Tuttavia, da una interpretazione letterale della norma, qualora le informazioni vengano divulgate da soggetti privati aggiudicatori, quest'ultimi non risulterebbero sottoposti ad alcuna sanzione di carattere penale. Ad alcune particolari categorie di soggetti però, come ad esempio i professionisti, viene applicato il regime sanzionatorio ex art. 622 del codice penale. Dalla disposizione in oggetto emerge dunque un doppio regime di responsabilità: civile a carico dell'amministrazione, penale, disciplinare, civile ed amministrativa nei confronti del responsabile del procedimento e degli altri funzionari dell'amministrazione.⁵⁵

2.5 I casi di esclusione

Il Codice all'art.53 prevede un elenco tassativo di casi in cui l'accesso e la divulgazione dei documenti è negato, in attuazione dell'art. 6 della direttiva comunitaria n. 2004/18, al fine di salvaguardare le situazioni giuridiche dei soggetti privati coinvolti a discapito di una maggiore trasparenza delle procedure. Tali ipotesi sono previste al comma 5 del medesimo articolo ed il primo caso di esclusione all'accesso, come già analizzato, fa riferimento ai dati forniti dalle aziende contenuti nelle offerte, più nello specifico alle informazioni che rivelano

⁵⁵ Gastaldo V., *"Il diritto di accesso nel settore degli appalti pubblici e gli obblighi di trasparenza delle stazioni appaltanti"*, in Urbanistica e Appalti, 2014.

segreti tecnici e il know-how, e non dunque informazioni generali inerenti alle offerte. Per la presentazione della domanda di accesso il soggetto richiedente ha l'onore di fornire le informazioni relative alla propria identità e le motivazioni alla base dell'istanza, nonché i documenti oggetto della richiesta. Il soggetto può essere rappresentato anche da un legale, purché dotato di apposita delega o mandato professionale firmata dall'interessato. Il soggetto controinteressato, ovvero l'azienda a cui gli atti oggetto dell'istanza di accesso si riferiscono, dovrà fornire un'adeguata dichiarazione sulle ragioni per cui l'accesso dovrebbe essere negato e del perché determinati atti sono coperti dal segreto industriale o commerciale. Il Codice dei contratti pubblici non prevede un termine specifico per il deposito delle dichiarazioni ed è necessario dunque fare rinvio alla disciplina generale sul procedimento amministrativo, prevedendo un termine di dieci giorni della comunicazione ai controinteressati per la loro eventuale opposizione alla richiesta di accesso; l'amministrazione, inoltre, ha l'obbligo di esaminare attentamente le motivazioni fornite da quest'ultimi e renderle note a chi ha avanzato la richiesta di accesso. Nel caso in cui i documenti contengano informazioni coperte da segreto commerciale o industriale, l'amministrazione ha l'obbligo di vietare l'estrazione della copia delle parti contenenti tali dati, salvo nei casi in cui siano indispensabili per la difesa giurisdizionale degli interessi del richiedente. Il divieto di ostensione non è dunque assoluto qualora vi siano delle esigenze concrete che comprimano il diritto alla riservatezza.

Sarà compito dell'amministrazione aggiudicatrice valutare in che misura garantire il segreto delle informazioni raccolte e bilanciando allo stesso tempo il diritto alla riservatezza delle controparti. Le informazioni coperte da segreto industriale, tuttavia, non devono essere trattate come dati super sensibili ma come dati personali, ampliando dunque l'applicazione del principio di trasparenza. La disciplina riguardante l'esclusione l'accesso ai documenti in materia di appalti pubblici ha un ambito di applicazione più restrittivo rispetto alla normativa generale sul procedimento amministrativo. Innanzitutto, i soggetti legittimati ad aprire un'istanza di accesso sono solamente le imprese che hanno partecipato alle procedure. I concorrenti, partecipando alle procedure di selezione, acconsentono che il proprio progetto presentato venga reso conoscibile, avendo però la possibilità di esercitare un diritto eguale di accesso ai documenti relativi

alla gara. Laddove la richiesta sia avanzata da un soggetto terzo, pur avendo un interesse ai sensi della legge 241/1990, l'accesso pare sia totalmente negato. Per le imprese non partecipanti alla gara nonostante la presentazione della domanda, la disciplina in materia di accesso risulta controversa, in quanto i concorrenti non sono titolari di un interesse diretto e concreto ma comunque potenziali partecipanti. In dottrina vi sono orientamenti diversi sulla questione; un primo orientamento sostiene che il diritto di accesso agli atti di gara deve essere garantito anche alle aziende che non hanno partecipato se la stazione appaltante dimostra di aver visionato l'offerta. Risulta più diffusa però l'interpretazione più restrittiva, che ammette la facoltà di presentare la domanda di accesso alle offerte solo alle aziende le cui proposte sono state confrontate e non a quelle escluse dall'amministrazione. Un'estensione di tale diritto a tutte le imprese comprometterebbe la correttezza della gara, consentendo la conoscenza di informazioni strategiche che potrebbero un vantaggio agli altri concorrenti, costringendo l'offerente a modificare la propria offerta in peius. Per quanto riguarda invece l'azienda terza classificata, le sarà riconosciuto il diritto di prendere visione dei documenti nell'ipotesi in cui vi sia l'annullamento dell'affidamento dei lavori o servizi all'azienda prima classificata e ne consegue l'automatico affidamento alla seconda. In questo caso al terzo classificato viene riconosciuto un interesse che può essere tutelato al fine di conservare la possibilità di aggiudicarsi l'appalto. Anche all'impresa subappaltatrice viene riconosciuto il diritto di accesso agli atti di gara al fine di assicurarsi di non subire eccessivi ribassi (non superiori al 20%) rispetto al prezzo di aggiudicazione dell'appalto, anche nel caso in cui sia stato affidato in precedenza ad un contraente generale, figura che ha il compito di snellire le procedure e coordinare la realizzazione dell'oggetto del contratto. In merito ai soggetti passivi, la norma non dispone nulla in tal senso ma si ritiene che siano le amministrazioni che formano e che detengono i documenti oggetto della richiesta di accesso ovvero le amministrazioni o enti aggiudicatori, nonché i soggetti privati che perseguono interessi pubblici. Per concludere, l'accesso è dunque consentito solo nei casi in cui è strettamente collegato all'esigenza di una difesa in giudizio, a differenza invece di quanto previsto dalla legge n.241/90, che prevede invece una serie più ampia di ipotesi, consentendo l'accesso ogni qual volta risulti necessario per la tutela della posizione giuridica di un soggetto senza essere necessariamente

precluso al ricorso in giudizio. L'amministrazione è tenuta ad effettuare un accurato controllo circa la concreta utilità e necessità della documentazione e l'accesso dovrà essere limitato alle informazioni effettivamente pertinenti, con l'esclusione di quelle che non sono state oggetto di valutazione. Tuttavia, in dottrina questa interpretazione non è totalmente condivisa in quanto vi è chi sostiene che non esista una differenza sostanziale tra l'accesso necessario per la tutela dei propri interessi e posizione giuridiche di cui all'art. 24 della legge 241/1990, e quello previsto all'art.53 del Codice degli appalti, finalizzato esclusivamente al ricorso giurisdizionale.⁵⁶

2.6 Le modalità di accesso

Il Codice dei contratti non prevede una forma specifica di accesso ai documenti come forma di tutela per il soggetto che desidera la conoscenza dei documenti. La giurisprudenza ha, per diverso tempo, previsto una differenza tra la visione e la copia dei documenti nel settore degli appalti pubblici.⁵⁷ In presenza di contrapposte esigenze di riservatezza ed accesso, la pretesa del richiedente veniva garantita nella sola forma dell'esame del documento riservato con esclusione dell'estrazione di una copia, al fine di evitare la possibile divulgazione dei dati ed informazioni contenuti nell'atto. Tale interpretazione trovava sostegno nella versione originaria dell'art. 24 della L. n.241/1990 che, riferendosi al termine visione e non all'accesso, era manifestazione della volontà del Legislatore di limitare⁵⁸ le possibilità di esercizio di tale diritto; è con la legge n.15 del 2005 che il termine visione è stato abrogato, consentendo così una visione più ampia del dell'accesso. Qualora, dopo l'accurata valutazione da parte dell'amministrazione, è stata constatata una supremazia del diritto alla conoscenza rispetto a quello di

⁵⁶ Gastaldo V., "Il diritto di accesso nel settore degli appalti pubblici e gli obblighi di trasparenza delle stazioni appaltanti", in *Urbanistica e Appalti*, 2014.

⁵⁷ Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2010, n. 2814, cit; Cons. Stato, sez. IV, 22 marzo 2007, n. 1384; Cons. Stato, sez. VI, 7 giugno 2006, n. 3418, in www.altalex.com; T.A.R. Veneto, sez. I, 18 dicembre 2003, n. 6213, in *Foro Amm. TAR*, 2003, 3484; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 7 giugno 1996, n. 276, in *Foro Amm.*, 1997, 572; T.A.R. Veneto, sez. I, 9 giugno 1998, n. 967, in *Foro Amm.*, 1999, 825

⁵⁸ Gastaldo V., "Il diritto di accesso nel settore degli appalti pubblici e gli obblighi di trasparenza delle stazioni appaltanti", in *Urbanistica e Appalti*, 2014.

riservatezza tecnica e commerciale, l'interesse del soggetto non aggiudicatario deve essere soddisfatto non con la mera visione degli atti ma in modo completo ed esaustivo. È dunque considerata illegittima la sola visione degli atti da parte del soggetto che ha interesse a conoscere la documentazione al fine di tutelare i propri interessi, essendo un istituto inscindibile dall'accesso vero e proprio. L'art.24 della legge 241/1990 infatti comprende nell'accesso oltre che la visione anche l'estrazione della copia; il consenso alla sola presentazione dell'atto senza la possibilità di estrazione di una copia si configura come un rigetto dell'istanza presentata. Inoltre, la limitazione al solo esame non permetterebbe la tutela degli interessi coinvolti: né quello di riservatezza in quanto il richiedente anche solo con la semplice visione dei documenti verrebbe a conoscenza delle informazioni contenute negli atti, sia quello di difesa del soggetto richiedente, in quanto senza la copia del documento oggetto dell'istanza non può rivolgersi al giudice per la propria tutela. Sono invece escluse, sia dall'accesso sia ad ogni forma di divulgazione, le ipotesi di esclusione previste al comma 5 dell'articolo 53 del Codice dei contratti pubblici, anche in relazione alla difesa in giudizio. Tale divieto è stato previsto dal legislatore al fine di tutelare la stazione appaltante da eventuali contestazioni che riguardando la regolarità delle procedure della gara o avanzate in fase esecutiva del contratto. La prima ipotesi di esclusione, prevista alla lettera a del medesimo articolo, riguarda le informazioni che sono state fornite dalle imprese nelle proprie offerte e contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali. La seconda ipotesi prevede il divieto di divulgazione dei pareri legali acquisiti dalle amministrazioni e dai soggetti a cui si applica la disciplina prevista dal Codice, al fine della risoluzione di contenziosi in atto o potenziali in materia contrattuale, sia nella fase di affidamento dei lavori che nella fase di esecuzione vera e propria del contratto. Tale previsione della norma consente una duplice tutela: da una parte si vuole tutelare il segreto professionale fornito dal legale che ha fornito un parere all'amministrazione; dall'altra non si vogliono favorire soggetti terzi che potrebbero venire a conoscenza di eventuali strategie difensive. Qual ora si instauri una controversia, la Pubblica Amministrazione, non avendo accesso ai pareri e consulenze legali fornite ai privati, si troverebbe in una posizione di inferiorità. Il legislatore ha poi previsto una disciplina differenziata circa l'accesso alle consulenze esterne, distinguendo i pareri legali forniti nella fase endoprocedimentale rispetto a quelli forniti nella

fase contenziosa. Le consulenze legali esterne fornite durante il procedimento amministrativo, di norma coperte dal segreto professionale della relazione tra il privato ed il professionista, possono essere oggetto di richiesta di accesso; diversamente, gli atti legali forniti in sede contenziosa non possono essere visionati in quanto riguardano l'attività difensiva e non amministrativa. Il parere legale infatti ha il compito di tutelare la stazione appaltante e la posizione dell'amministrazione, che, esercitando il proprio diritto di difesa, deve poter usufruire una tutela pari a qualsiasi altro soggetto. Anche i pareri legali resi all'amministrazione in una consulenza per la preparazione di una controversia, rientrano in tale disciplina, compreso quello fornito per l'emanazione del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione dell'offerta definitiva. Nonostante quest'ultimo sia un atto endoprocedimentale e quindi potenzialmente passabile di accesso, sono contenute all'interno le strategie e che l'amministrazione intende attuare nell'ipotesi di giudizio e dunque tali elementi devono rimanere riservati al fine della tutela dell'ente. Bisogna, tuttavia, precisare che tutti i documenti previsti in tale comma potranno comunque essere esibiti su richiesta del giudice in giudizio. La lettera c) dell'articolo 53 del Codice, prevede la negazione dell'accesso alle relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto. Sono atti che rientrano nella sfera delle libere valutazioni delle amministrazioni e che possono essere utilizzati per la propria difesa in giudizio nel caso in cui un soggetto appaltatore decida di ricorrere per il riconoscimento del pagamento del prezzo integrale dell'opera e delle riserve. Non tutte le relazioni ricadono nelle previsioni della lettera c); sono sottratte al diritto di accesso la relazione riservata del direttore dei lavori sulle riserve dell'appaltatore non ancora definite, e quella del responsabile del procedimento, con la quale viene espresso il parere motivato sulla fondatezza delle domande dell'appaltatore, oltre alle eventuali relazioni dell'organo di collaudo sulle riserve e sulle richieste formula dall'appaltatore nel certificato di collaudo. L'accesso è invece garantito ai consiglieri comunali, quanto vi è l'obbligo in capo a quest'ultimi di mantenere il segreto nei casi previsti dalla legge. Al contrario, in caso di risoluzione unilaterale del contratto per grave inadempimento dell'appaltatore, le relazioni possono essere ostensibili, in quanto sono atti finalizzati all'interesse pubblico ai sensi dell'art.22 della legge n.241/1990. Anche le relazioni elaborate

dal Responsabile unico del procedimento possono essere visionate qualora vi sia una richiesta legittimata; esse, infatti, offrono alla stazione appaltante il resoconto dei lavori in via generale rispetto a quelle redatte dal direttore dei lavori e dall'organo di collaudo, e non si riferiscono ad un contenzioso concreto od eventuale e che sono sottoposte al regime della riservetta in quanto tutelano ragioni di ordine patrimoniale. Sono, peraltro, rilasciate da un ufficio interno dell'amministrazione e non da un soggetto terzo esterno.

2.7 La ricerca dell'equilibrio nelle sentenze del Corte di Giustizia e del Consiglio di Stato

A livello comunitario, in materia di accesso ai documenti riguardanti gli appalti pubblici, è intervenuta la Direttiva 2014/24/UE. Tale atto normativo all'art.21 prevede la tutela delle informazioni comunicate dagli operatori economici considerate riservate dall'amministrazione aggiudicatrice, quali gli aspetti tecnici e commerciali, salvo che la stessa Direttiva o la legislazione nazionale non preveda diversamente. La Corte di giustizia europea, con la sentenza 17/11/2022 causa C-54/21, ha sottolineato come la tutela del diritto di riservatezza fornisce una garanzia più ampia rispetto a quella garantita ai singoli segreti tecnici e commerciali delle imprese, ma viene estesa ad un insieme di informazioni considerate comunque riservate; tuttavia, così come previsto dalla legislazione nazionale contenuta nel Codice dei contratti pubblici, la tutela delle informazioni deve essere comunque conciliata con le esigenze di tutela dei propri interessi e posizioni giuridiche in via giurisdizionale. Deve essere operato un bilanciamento tra il divieto sancito all'art.21 della Direttiva 2014/24/UE e il più generale principio di buona amministrazione che prevede l'obbligo di motivazione. Un offerente, qualora venga escluso dalla gara e presenti un'istanza di accesso ai documenti della gara al fine di tutela i propri interessi, non potrà avvalersi del suo diritto di godere di un ricorso efficace se vi è la mancanza di sufficienti informazioni che gli consentano di verificare se la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice o ente appaltante sia viziata o illegittima. Di conseguenza, l'articolo in esame, non esclude la possibilità che uno Stato membro delimiti la portata di tale obbligo, facendo rinvio alla nozione di segreto commerciale contenuta nell'articolo 2 della

Direttiva 943/2016⁵⁹, ovvero la Direttiva <<*sulla protezione del know-how riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti.*>>⁶⁰ Tale articolo infatti constata come le imprese, a prescindere dalle loro dimensioni, considerino i segreti commerciali al pari dei brevetti ed altre forme di proprietà intellettuale. La riservatezza di tali informazioni e conoscenze è uno strumento di competitività commerciale che consentono all'azienda di trarre il proprio profitto dalle proprie creazioni innovative. ⁶¹D'altra parte, l'articolo in esame vieta ad un regime di pubblicità qualora quest'ultimo non consenta un complesso normativo adeguato che consente alle amministrazioni aggiudicatrici di rifiutare in via del tutto eccezionale l'accesso a documenti che, pur non rientrando nella tipologia prevista all'art.2, devono rimanere riservati. La Corte di giustizia europea ha inoltre affermato che l'amministrazione deve, per decidere se rifiutare l'istanza di accesso alle informazioni al soggetto la cui offerta economica è stata respinta al momento dell'aggiudicazione tra cui rientrano i dati relativi, valutare se tali informazioni abbiano un valore commerciale che non si riferiscono solamente alla gara in questione, ma la cui divulgazione possa ledere interessi commerciali o la leale concorrenza di mercato. Tra le informazioni appena citate rientrano, ad esempio, l'identità e la qualifica professionale degli altri partecipanti alla gara, gli elementi tecnici del progetto per l'offerta presentata e le modalità di esecuzione di quest'ultimo. L'amministrazione, anche nel caso in cui i documenti non contengano informazioni di carattere commerciale e professionale, può negare l'accesso ai tali dati nel caso in cui l'ostensione sia contraria alla legge e possa ledere un interesse pubblico. In caso in cui l'accesso venga negato in maniera integrale, al soggetto che ha avanzato l'istanza deve comunque essere garantito l'accesso al contenuto strettamente essenziale degli atti in modo da poter ricorrere in modo effettivo. La Corte, con la sentenza 17/11/2022 causa C-54/2, ha tratto tali conclusioni mediante l'individuazione di due principali tipologie di

⁵⁹ "Appalti pubblici – chiarimenti sul diritto di accesso agli atti e tutela della riservatezza", [Bollettino di Legislazione Tecnica](#), 2022.

⁶⁰ Direttiva 2016/943 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;

⁶¹ Direttiva UE 943/2016, art.2.

informazioni oggetto di tutela. Innanzitutto, sono state individuate le informazioni relative all'esperienza pertinente dei vari concorrenti alla gara d'appalto e le loro referenze fornite come prova della loro capacità e professionalità per lo svolgimento dei lavori. Queste, a conclusione della Corte, non possono essere classificate come totalmente inaccessibili in quanto l'esperienza di un offerente non è, in generale, segreta ed i partecipanti non possono essere privati della conoscenza di quest'ultima in modo generale e l'accesso deve essere garantito nel caso in cui riguardi le informazioni essenziali dell'esperienza relativa all'appalto di interesse. Altra categoria invece comprende le informazioni sulle persone, sia fisiche sia giuridiche; per questi soggetti, compresi i subappaltatori, la Corte ha stabilito la necessità di distinguere i dati idonei a identificare le persone, da quelli riguardanti le qualifiche o capacità professionali. Con riferimento ai dati sull'identità, l'amministrazione dovrà valutare se la divulgazione dell'identità degli esperti o subappaltatori che hanno affiancato eventualmente l'offerente per l'esecuzione dell'appalto, rischi di compromettere i soggetti coinvolti e lo stesso offerente, e ledere la loro riservatezza tutelata all'art.21 della Direttiva 2014/24/UE. L'amministrazione aggiudicatrice dovrà, quindi, tenere conto di tutte le circostanze pertinenti, dell'oggetto dell'appalto pubblico di riferimento, dell'interesse dell'offerente e di eventuali esperti o subappaltatori a partecipare a successive procedure di aggiudicazione di appalti. Tuttavia, la divulgazione di tali informazioni non può essere rifiutata nel caso in cui le stesse, pur essendo pertinenti ai fini della procedura di aggiudicazione, non abbiano alcun valore commerciale nel contesto più ampio delle attività degli operatori economici a cui appartengono. Con riferimento ai dati inerenti alle qualifiche o le capacità professionali, la Corte ha ritenuto che, tenuto conto dell'importanza di tali dati per l'aggiudicazione dell'appalto, quantomeno il contenuto essenziale degli stessi, ad esempio, le informazioni relative alla consistenza, alla struttura dell'organico costituito e alla quota dell'esecuzione dell'appalto che l'offerente prevede di affidare a subappaltatori sia accessibile a tutti gli offerenti. L'ultima tipologia di informazioni individuata dalla Corte di Giustizia attiene a quelle inerenti al progetto per l'esecuzione dell'opera. Spetta all'amministrazione aggiudicatrice valutare se le modalità di esecuzione dell'appalto costituiscano elementi (o contengano elementi) che possano essere protetti attraverso un diritto di proprietà intellettuale, in particolare attraverso un diritto d'autore, e

rientrano quindi nel motivo di esclusione di accesso e divulgazione. La loro pubblicazione può, in un caso del genere, essere idonea a falsare la concorrenza, in particolare riducendo la capacità dell'operatore economico interessato di distinguersi anche in occasione di future procedure di aggiudicazione di appalti pubblici. È dunque possibile che l'accesso integrale sia rifiutato, tuttavia, ai fini di garantire il diritto ad un ricorso effettivo, il contenuto essenziale di tale parte delle offerte deve essere accessibile. Infine, secondo la Corte di Giustizia, qualora venga accertato in sede di ricorso contro la decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico un obbligo a carico dell'amministrazione aggiudicatrice di dare al ricorrente la possibilità di accedere ad informazioni trattate come riservate ed una violazione del diritto di poter ricorrere in modo effettivo a causa della mancata pubblicazione, non è necessaria l'adozione di una nuova decisione di aggiudicazione dell'appalto, salvo che il diritto processuale nazionale consenta al giudice di adottare un provvedimento volto ad assicurare il diritto ad un ricorso effettivo, o ricorrere avverso la decisione di aggiudicazione già adottata. Il termine per l'opposizione del ricorrente verrà fatto decorrere solamente dal momento in cui quest'ultimo ha accesso a tutte le informazioni classificate in precedenza come riservate.⁶²

Anche il Consiglio di Stato, sezione IV, 08.05.2023 n. 4599, ha espresso la propria posizione circa il bilanciamento dei due diritti contrapposti di accesso ai documenti e tutela della riservatezza delle informazioni contenute negli stessi in diverse sentenze. In primo luogo, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha negato la possibilità da parte di un soggetto terzo che ha avanzato l'istanza, di accedere ai documenti al fine di verificare lo svolgimento corretto del rapporto contrattuale.⁶³ In un'altra sentenza dell'Adunanza Plenaria, la n.19 del 2020, il Consiglio ha specificato che l'onere di dimostrare la necessità dell'accesso al documento per la cura e difesa dei propri interessi grava sulla parte interessata, precisando che la volontà del Legislatore è quella di *“esigere che le finalità dell'accesso siano dedotte e rappresentate dalla parte in modo puntuale e*

⁶²“Appalti pubblici – chiarimenti sul diritto di accesso agli atti e tutela della riservatezza”, [Bollettino di Legislazione Tecnica](#), 2022.

⁶³ Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020 n. 10, §. 38.

specifico nell'istanza di ostensione, e suffragate con idonea documentazione"⁶⁴. È stato rimarcata la necessaria strumentalità della documentazione richiesta ai fini della tutela giurisdizionale, ritenendo non sufficiente un richiamo generico a delle esigenze probatorie riferite ad un processo pendente o ancora da instaurare,⁶⁵ ribadendo la necessità che l'istanza consenta "un rigoroso, motivato, vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare".⁶⁶ La ricerca del c.d. "punto di equilibrio"⁶⁷ tra il diritto di accesso ed il diritto alla riservatezza, implica, dunque, che l'istanza di accesso sia adeguatamente motivata da parte dell'istante, al fine di garantire la giusta tutela degli interessi coinvolti da parte dell'amministrazione chiamata a valutare la richiesta e ponderare entrambi i diritti.

⁶⁴ Cons. Stato, Ad. plen., 18 marzo 2021, n. 4, 18.1. e 18.2.

⁶⁵ Cons. Stato, Ad. plen., 25 settembre 2020 n. 19.

⁶⁶ Cons. Stato, Ad. plen., 18 marzo 2021, n. 4, 18.1. e 18.2.

⁶⁷ Cons. Stato, III, 26 ottobre 2018, n. 6083; 17 marzo 2017, n.1213.

Capitolo 3

Sommario: 3.1 L'accesso civico negli appalti pubblici; 3.2 La sentenza dell'Adunanza Plenaria; 3.3 La giurisprudenza della Corte di Giustizia; 3.4 La trasparenza come strumento preventivo contro la corruzione; 3.5 Il nuovo Codice dei contratti; 3.6 La trasparenza e l'accesso nel nuovo Codice dei contratti pubblici.

3.1 L'accesso civico negli appalti pubblici

In dottrina, per molto tempo, si è discusso sull'applicabilità dell'accesso civico anche nel settore degli appalti pubblici. Tale istituto, disciplinato dal decreto lgs. n.33/2013 all'art.5, prevede il diritto di chiunque di accedere ai documenti detenuti dalle Pubbliche Amministrazioni ulteriori rispetto a quelli assoggettati all'obbligo di pubblicazione sui siti istituzionali senza motivazione, nei limiti previsti per la tutela di interessi pubblici e privati coinvolti.⁶⁸ Il dubbio circa l'applicabilità dell'accesso civico deriva dal fatto che l'art.53 comma 1 del d.lgs. n.50/2016 che disciplina l'accesso nel settore degli appalti pubblici stabilisce che *“il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli artt. 22 e seguenti della Legge n. 241/1990”*.⁶⁹ Tale articolo non fa, dunque, riferimento all'istituto dell'accesso civico in quanto la sua disciplina non è contenuta nell'articolo di cui sopra. Sono sorte varie posizioni in dottrina, da una più restrittiva ad una più estensiva sull'applicazione di tale istituto in materia di appalti pubblici. Secondo un'interpretazione letterale dell'art.53 comma 1 del d.lgs. n.50/2016 combinata con quanto previsto all'art.5 del decreto trasparenza che chiarisce come l'accesso civico generalizzato è escluso nei casi in *“in cui l'accesso è subordinato alla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'art. 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990”*⁷⁰, emerge che l'accesso agli atti riguardanti le fasi di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici è sottoposto ad una disciplina speciale ad hoc

⁶⁸ D.lgs. n.33/2013, art.5.

⁶⁹ D.lgs. n.50/2016, art.53.

⁷⁰ L. n.241/1990, art.24.

contenuta nel Codice dei contratti per le parti non derogate alla disciplina generale prevista dalla 241/1990. In tale ambito non troverebbe quindi applicazione lo strumento dell'accesso civico generalizzato, sia per la clausola di esclusione contenuta nell'articolo 5 bis comma 3 del d.lgs. 33/2013, sia per la volontà espressa del Legislatore del 2016 che aveva volutamente sottratto alcune ipotesi alla disciplina del d.lgs. 97/2016 che ha introdotto l'istituto in esame, seppur inserito nell'ordinamento successivamente all'adozione del Codice dei contratti. Tale esclusione troverebbe motivazione sia per una configurazione "chiusa" del sistema normativo che regola i contratti pubblici, sia per una maggiore tutela della concorrenza e trasparenza negli affidamenti pubblici, su spinta anche dell'Unione Europea, prevedendo una disciplina a sé stante. Tale decisione, anche se implicita, sarebbe giustificata in quanto l'oggetto della richiesta di accesso sono documenti già assoggettati ad un controllo da parte dell'Autorità Nazionale anticorruzione da un lato, e dall'altro contengono informazioni di natura economica e commerciale delle imprese che si configurano come sensibili, motivo per cui l'accesso indiscriminato a tali atti potrebbe recare pregiudizio agli interessi commerciali di persone fisiche e giuridiche. Inoltre, come precisa la disciplina stessa dell'accesso civico, non è possibile utilizzare tale strumento per fini diversi dal controllo diffuso dei cittadini sull'attività della Pubblica Amministrazione al fine di verificarne la legittimità. A tal proposito è intervenuto anche il Tribunale amministrativo delle Marche con la sentenza n.677 del 18 Ottobre 2018 che ha ritenuto legittimo il diniego dell'istanza di accesso civico avanzata da un operatore economico da parte della stazione appaltante, ai documenti relativi ad una gara già effettuata e dal quale l'istante era stato escluso. Tale causa di esclusione sostenuta dal TAR trova la sua ratio proprio nell'art.5 bis del decreto lgs. n.33/2013, in quanto la richiesta non sarebbe finalizzata ad un controllo sull'operato dell'amministrazione ma piuttosto ad una verifica delle informazioni relative ad altri concorrenti, con l'obiettivo di individuare eventuali errori ed illegittimità tali da determinare l'esclusione in una nuova procedura. Un'ulteriore sentenza è intervenuta in materia, la numero 197 del 18 Luglio 2018 del TAR Marche, che ha anch'essa sostenuto l'esclusione del ricorso allo strumento dell'accesso civico per la visione dei documenti relativi ad una gara già conclusa ed al rapporto contrattuale derivato da tale gara, da parte del concorrente che era stato escluso. Anche il Consiglio di Stato, nella più recente

sentenza n.5503 del 2019, ha accolto l'orientamento appena esposto, sostenendo che la previsione del diritto di accesso civico in un settore sottoposto a disciplina speciale, tra cui quello dei contratti pubblici, richiede un intervento normativo esplicito da parte del legislatore e non può essere dedotto in via meramente interpretativa. La decisione è stata formulata dopo aver considerato vari aspetti; considerando che l'accesso nel nostro ordinamento è regolato dall'art.22 e seguenti della legge n.241/1990 in riferimento all'accesso documentale, dal d.lgs. 33/2013 per l'accesso civico e generalizzato, introdotto con il d.lgs. n.97/2016 che ha modificato il decreto trasparenza, il legislatore ha previsto che tali istituti vengano considerati di pari rango e che non vi sia un'abrogazione o sostituzione tra gli stessi, e che l'applicazione degli stessi nel settore degli appalti pubblici deve essere stabilita considerando le specialità della materia. Tale interpretazione fa leva sul fatto che l'articolo 53 del Codice dei contratti fa esplicito richiamo all'art.22 della legge n.241/1990 per le modalità e limiti dell'accesso documentale affinché possa essere assicurato l'esercizio del diritto di accesso in materia di appalti deducendo quindi l'esclusione dell'istituto dell'accesso civico generalizzato in quanto non citato nell'articolo. Vi è poi un orientamento opposto a quello appena presentato sopra che prevede, invece, l'applicabilità dell'istituto dell'accesso civico anche in materia di appalti pubblici, sostenendo che il mancato richiamo esplicito da parte dell'art.53 del D.lgs. 50/2016 non escluda automaticamente l'attuazione di tale strumento, in quanto la materia degli appalti pubblici non è esclusa dall'ambito di applicazione previsto dall'art.5 del D.lgs. 33/2013 e non rientra espressamente tra i casi sottratti alla disciplina elencati al successivo articolo 5 bis. Inoltre, il comma 6 del sopra citato articolo 5 rimette all'ANAC l'emanazione di una serie di Linee Guida recanti disposizioni in materia di accesso civico da applicare nei settori di competenza dell'Autorità, tra cui rientrano gli appalti pubblici. Il TAR Campania, con la sentenza n.6028 del 22 Dicembre 2017, ha appoggiato quest'ultimo orientamento, dichiarando legittima un'istanza di accesso civico di un concorrente secondo classificato al fine di verificare l'effettivo utilizzo da parte del soggetto aggiudicatario nella fase di esecuzione del contratto, dei prodotti descritti in gara. Il giudice ha stabilito, infatti, che le informazioni di cui l'istante aveva richiesto l'accesso non contenessero segreti commerciali o professionali che avrebbero potuto pregiudicare l'impresa vincitrice, ma solo informazioni più

generali per la quale non è ritenuto necessario ricorrere all'istituto dell'accesso documentale disciplinato dalle 241/1990. Sul tema è intervenuta anche una delibera dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, la n.317 del 2017, nella quale opera una distinzioni delle ipotesi circa l'applicabilità dell'accesso civico nel nostro settore di interesse: da una parte l'Autorità ha confermato l'esclusione del diritto di accesso civico nella fase precedente all'aggiudicazione dell'offerta, dall'altra ha confermato invece la necessità, di garantire a chiunque l'accesso nella fase successiva, nelle modalità e nei limiti previsti dall'art.5 del D.lgs. 33/2013. Anche il Consiglio di Stato, con una sentenza del 2018, ha confermato la possibilità di accedere agli atti di gara dopo la conclusione della stessa, ad eccezione delle informazioni che per legge sono classificate come riservate. D'altra parte, il nuovo Codice dei contratti pubblici stesso con il rinvio all'art.33 del decreto trasparenza sembra prevedere l'applicazione dell'accesso civico anche in tale materia, a differenza della precedente situazione dove vi era visione più restrittiva del diritto di accesso. Ciò comporta un grande cambiamento in questo settore che per molto tempo è sempre stato chiuso e poco conoscibile all'esterno, garantendo l'accessibilità non solo ai concorrenti delle gare ma anche a tutti i cittadini che intendano prendere visione di determinati atti della gara pubblica, rendendo attuale e concreto il rispetto del principio di trasparenza. Il conflitto giurisprudenziale in materia di accesso negli appalti pubblico, fa emergere chiaramente quello che nel nostro ordinamento è una criticità, sfortunatamente, assai presente ovvero la sovrapposizione normativa. Sono presenti, infatti, molteplici discipline per gli stessi istituti o materie, talvolta opposte e conflittuali tra loro, che creano nella disciplina dei casi concreti ambiguità e perplessità.⁷¹

3.2 La sentenza dell'Adunanza Plenaria

A fronte delle difficoltà interpretative circa l'applicabilità dell'accesso civico agli atti di gara e post gara nel settore degli appalti pubblici la Terza sezione del Consiglio di Stato con la l'Ordinanza n.8501 del 16 Dicembre 2019, si è rimessa

⁷¹ E. Pettazoni, *"Trasparenza amministrativa e forme di accesso nelle procedure di gara"*, Stefanelli&Stefanelli studio legale, 2021.

all'Adunanza Plenaria per la risoluzione definitiva della questione, con l'impugnazione della sentenza del Tribunale amministrativo della Toscana n.577 del 2019. Tale questione, prima della sentenza chiarificatrice dell'Adunanza, è stata oggetto in particolare due orientamenti giurisprudenziali. Secondo il primo orientamento, l'accesso civico generalizzato negli appalti pubblici non avrebbe potuto trovare applicabilità sensi del comma 3 dell'art.5 bis del D.lgs. 33/2013, considerando tale la disciplina di tale materia speciale ed autonoma, volta alla tutela della concorrenza e trasparenza. In aggiunta, tale posizione si giustifica anche in virtù dei controlli pubblicisti esercitati dall'ANAC sugli atti di gara, tutelando altresì gli interessi economici dei privati, ed il mancato richiamo all'istituto dell'accesso civico da parte dell'art.53 del D.lgs. 50/2016, non sia attribuibile all'inesistenza del D.lgs. 97/2016 (che ha introdotto suddetto istituto) al momento della riforma del Codice, ma ad una volontà del legislatore di sottrarre tale materia in quanto, vista la molteplicità di interessi coinvolti, necessita di una disciplina inequivocabile. Tale orientamento ammetteva dunque solamente l'accesso documentale, esplicitamente richiamato dal Codice, e quello difensivo, previsto al comma 6 dell'art.53 del medesimo atto normativo, al fine di tutelare gli interessi giuridici dell'istante qualora siano risultati prevalenti rispetto al diritto di riservatezza dei soggetti controinteressati.⁷² L'orientamento opposto riteneva invece insufficiente quanto previsto al comma 3 dell'art.5 bis del D.lgs.33/2013 ad escludere totalmente l'applicabilità dell'accesso civico nel settore degli appalti pubblici, ritenendo necessaria un'interpretazione più sistematica e meno letterale della norma, ritenendo, tra l'altro, irragionevole sottrarre proprio tale settore, che presenta un elevato rischio di corruzione, ad una conoscenza diffusa, che permetterebbe invece di assicurare una maggiore trasparenza e prevenzione.⁷³ Inoltre, a supporto di tale orientamento, la giurisprudenza aveva evidenziato l'imposizione proprio da parte della disciplina della formazione degli appalti e dal Piano Nazionale Anticorruzione dell'ANAC, di garantire una più ampia possibilità di accesso.⁷⁴Tale posizione è stata confermata anche in una recente relazione

⁷² E. Concilio, "Accesso civico generalizzato e contratti pubblici: una rilettura del dibattito giurisprudenziale", in Nuove Autonomie n. 2/2021

⁷³ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 5 giugno 2019, n. 3780, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁴ Concilio E., "Accesso civico generalizzato e contratti pubblici: una rilettura del dibattito giurisprudenziale", in Nuove Autonomie n. 2/2021

della Commissione Europea, nella quale si è evidenziato come sia necessario che “l’ordinamento italiano promuova la trasparenza in ogni ambito, e particolarmente negli appalti pubblici prima ma anche dopo l’aggiudicazione”.⁷⁵

Tale sentenza ha rappresentato una svolta di estrema importanza in quanto il Collegio ha sia definito la natura e la ratio dell’istituto dell’accesso civico, sia il rapporto con gli altri strumenti di accesso, pronunciandosi in merito a due posizioni contrapposte riguardante la possibilità di accogliere un’istanza di accesso presentata secondo i requisiti e modalità previsti dalla disciplina dell’accesso documentale.⁷⁶ Il TAR Toscana aveva respinto l’istanza di accesso avanzata dall’azienda seconda classificata ad una gara indetta dall’Usl Toscana, richiesta che aveva ad oggetto i documenti relativi “l’esecuzione del servizio”. La finalità dell’accesso era la verifica della correttezza dell’esecuzione del contratto secondo quanto previsto dal Capitolo Tecnico, sostenendo quindi dinnanzi al Tribunale amministrativo la titolarità di un interesse specifico. La sentenza del TAR, appoggiando la posizione adottata dall’amministrazione aggiudicatrice, ha respinto il ricorso sostenendo l’insussistenza in capo al ricorrente di un interesse qualificato ai sensi dell’art.22 e seguenti della legge 241/1990 in quanto l’accesso era finalizzato ad una visione meramente esplorativa; il diniego sarebbe poi legittimo anche qualificando l’istanza secondo il diritto di accesso civico generalizzato in quanto dovrebbe essere considerato non applicabile nel settore degli appalti pubblici in base a quanto previsto dall’art.5 comma 11 del D.lgs.33/2013. Il ricorrente sosteneva invece la sussistenza del suo diritto ex legge n.241/1990 di avere accesso ai documenti relativi alla fase di esecuzione del contratto in veste di secondo classificato, segnalando inoltre il contrasto interpretativo in merito l’applicabilità dell’istituto dell’accesso civico tra la giurisprudenza tra le sezioni del Consiglio di Stato, e presentando un’interpretazione differente della legge in quanto il rinvio presente al comma 3 dell’art.5 bis del D.lgs. 33/2013 alla legge 241/1990 deve essere oggetto di adattamento interpretativo considerando che l’entrata in vigore nel nostro ordinamento dell’istituto dell’accesso civico (con il D.lgs. 97/2016) è successiva

⁷⁵ Relazione della Commissione sulla lotta alla corruzione COM (2014) 38 del 3/012/2014

⁷⁶ Pulizzi. G.F., “*Tendenze e controtendenze in materia di accesso civico generalizzato: riflessioni a margine della sentenza T.A.R. Lombardia, 17 agosto 2021, n. 1939*”, *Federalismi.it*, 2022

alla riforma del Codice degli appalti, motivo per cui l'art.53 del Codice poteva rinviare solamente alla disciplina dell'accesso documentale prevista dalla legge sul procedimento amministrativo.⁷⁷ Il Collegio ha rinviato così la questione all'Adunanza Plenaria al fine di una risoluzione definitiva della questione, in particolar modo su tre punti:

1- La sussistenza o meno della titolarità del diritto di accesso documentale previsto all'art.22 e seguenti della legge n.241/1990 in capo all'operatore economico che intenda conoscere gli atti relativi all'esecuzione del contratto, al fine di tutelare i propri interessi nel caso vi sia lo scorrimento della graduatoria o la ripetizione della gara;

2- L'applicabilità o meno dell'istituto dell'accesso civico generalizzato previsto dal D.lgs. 33/2013 nel settore dei contratti ed appalti pubblici nella fase successiva all'aggiudicazione ovvero quella esecutiva;

3- L'obbligo per la Pubblica Amministrazione, qualora non sussistano i presupposti che legittimo la titolarità di un interesse legittimo per accogliere un'istanza di accesso con esplicito riferimento alla disciplina dell'accesso documentale prevista all'art.22 della legge 241/1990, di accogliere la richiesta facendo ricorso all'istituto dell'accesso civico generalizzato, nell'eventualità sussistano le condizioni; e se il giudice, di conseguenza, nel caso in cui il soggetto richiedente faccia ricorso avverso la decisione di diniego dell'accesso documentale, abbia il potere-dovere di esaminare l'istanza per verificare la sussistenza del diritto di legittimazione secondo i parametri più ampi e meno restrittivi dell'accesso civico.

La pronuncia dell'Adunanza Plenaria è arrivata il 2 Aprile 2020 con la sentenza n.10/2020, pronuncia particolarmente lunga (oltre 70 pagine di argomentazioni) e minuziosa. Il primo punto esaminato è il terzo, ovvero sulla possibilità di ricollocare l'istanza di accesso nel medesimo procedimento. Il ricorrente, nel caso specifico rimesso all'Adunanza, aveva formulato la propria richiesta in modo generico e non riferendosi ad una particolare tipologia di accesso racchiudendo

⁷⁷ Concilio E., "Accesso civico generalizzato e contratti pubblici: una rilettura del dibattito giurisprudenziale", in Nuove Autonomie n. 2/2021.

due interessi distinti fra loro: uno generale al fine di esercitare un controllo diffuso sull'attività amministrativa e collaborare anche con la Pubblica Amministrazione per il perseguimento dell'interesse pubblico, ed uno invece specifico collegato alla posizione di secondo classificato occupata dal soggetto richiedente.⁷⁸La previsione nel nostro ordinamento di differenti discipline che regolano l'accesso ha creato di conseguenza una sovrapposizione normativa. Secondo un primo orientamento della giurisprudenza, che sosteneva l'impossibilità di riqualificare l'istanza, il diritto di accesso deve delinarsi come strumento e garanzia per gli interessi pubblici, comportando, dunque, l'obbligo per la Pubblica Amministrazione di considerare la richiesta esclusivamente in base all'istituto scelto dall'istante, neppure in sede di riesame o di ricorso giudiziale in quanto provocherebbe una sostituzione all'amministrazione da parte del giudice. Un secondo orientamento invece, favorevole alla riqualificazione dell'istanza, sosteneva il dovere della P.A. di applicare la disciplina più favorevole per il richiedente qualora vi sia la sussistenza dei presupposti, al fine di assicurare il diritto conoscitivo del cittadino. Tale posizione è stata assunta dalla giurisprudenza in quanto il richiedente, il cui potrebbe non disporre delle conoscenze giuridiche necessarie, necessiterebbe di assistenza da parte dell'amministrazione.⁷⁹ Il consesso ha ritenuto che *“se è vero che l'accesso documentale e quello civico generalizzato differiscono per finalità, requisiti e aspetti procedurali, la pubblica amministrazione, nel rispetto del contraddittorio con eventuali controinteressati, deve esaminare l'istanza nel suo complesso, nel suo “anelito ostensivo”, evitando inutili formalismi e appesantimenti procedurali tali da condurre ad una defatigante duplicazione del suo esame”*.⁸⁰ In materia di accesso opera, infatti, il principio di “stretta necessità”, che prevede il divieto di vincolare ed aggravare l'accesso ai documenti richiesti. Rispondendo dunque alla questione posta dalle III Sezione del Consiglio di Stato circa l'obbligo per la stazione appaltante di esaminare una richiesta di accesso con esclusivo riferimento all'accesso disciplinato dalla legge

⁷⁸ E. Pettazoni, *“Trasparenza amministrativa e forme di accesso nelle procedure di gara”*, Stefanelli&Stefanelli studio legale, 2021

⁷⁹ Pulizzi. G.F., *“Tendenze e controtendenze in materia di accesso civico generalizzato: riflessioni a margine della sentenza T.A.R. Lombardia, 17 agosto 2021, n. 1939”*, Federalismi.it, 2022

⁸⁰ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 02.04.2020 n. 10

n.241/1990 sotto il profilo dell'accesso civico generalizzato qualora non sussista la legittimità di un interesse in capo al richiedente, la Plenaria ha risposto in modo negativo in quanto *“la pubblica amministrazione si pronuncerebbe, con una sorta di diniego difensivo “in prevenzione”, su una istanza, quella di accesso civico generalizzato, mai proposta, nemmeno in forma, per così dire, implicita e/o congiunta o, comunque, ancipite dall'interessato, che si è limitato a richiedere l'accesso ai sensi della l. n. 241 del 1990.”*⁸¹L'adunanza ha dunque risposto in modo definitivo al quesito stabilendo che l'amministrazione ha il *potere-dovere* di esaminare l'istanza di accesso ai documenti formulata in modo generico dal richiedente e dunque senza un riferimento preciso ad una tipologia di istituto, anche alla stregua dell'accesso civico generalizzato, tranne nel caso in cui il soggetto che ha posto l'istanza non abbia fatto chiaro riferimento all'accesso documentale disciplinato dalla legge n.241/1990. In quel caso il giudice amministrativo, ai sensi dell'articolo 116 del codice del processo amministrativo, non potrà modificare il titolo dell'accesso definito nell'istanza originale.⁸²alla propria attività ma è il consolidamento del principio di collaborazione fra cittadino ed amministrazione, introdotto con recente riforma dell'art.1 comma 2 bis della legge 241/1990 ad opera della legge 120/2020.⁸³Il Collegio, rispondendo a tale quesito, ha altresì marginato le limitazioni del principio di trasparenza amministrativa che la vedevano impiegata solamente come mero strumento di realizzazione di interessi pubblici.

In merito al primo quesito posto alla Plenaria, ovvero se sia configurabile o meno in capo all'operatore economico collocato nella graduatoria della gara la titolarità di un interesse concreto e diretto ai sensi dell'art.22 comma 1 della legge 241/1990, che gli consenta di avere accesso agli atti nella fase esecutiva del contratto, in vista di un eventuale scorrimento della graduatoria o risoluzione del rapporto per inadempimento, l'Adunanza ha stabilito la legittimità dei partecipanti alla gara di accedere ai documenti relativi alla fase esecutiva, nei limiti previsti dall'art. 53 del Codice dei contratti, purché vi sia un interesse diretto, concreto ed attuale. La giurisprudenza del Consiglio di Stato era infatti d'accordo

⁸¹ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 02.04.2020 n. 10

⁸² Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 02.04.2020 n. 10

⁸³Concilio E., *“Accesso civico generalizzato e contratti pubblici: una rilettura del dibattito giurisprudenziale”*, in Nuove Autonomie n. 2/2021

sull'ammissione dell'accesso documentale negli atti della fase esecutiva al fine di dimostrare che l'inadempimento contrattuale derivasse dall'inadeguatezza dell'offerta vincitrice⁸⁴, accesso ammesso anche dallo stesso art.53 del D.lgs. 50/2016 che rinvia all'art.22 e ss. Della legge n.241/1990 per la disciplina dell'istituto. La plenaria nella sentenza n.10/2020 sostiene infatti che l'esecuzione del contratto non è una *“terra di nessuno, idonea a configurare un rapporto rigorosamente privatistico tra la pubblica amministrazione e il contraente escludente qualsivoglia altro rapporto o interesse, ma è invece soggetta, oltre al controllo dei soggetti pubblici, anche alla verifica e alla connessa conoscibilità da parte di eventuali soggetti controinteressati al subentro o, se del caso, alla riedizione della gara”*.⁸⁵ Il Codice dei contratti menziona i principi di libera concorrenza, trasparenza e non discriminazione facendo riferimento alla sola fase pubblicista dell'affidamento degli appalti, ma la fase di esecuzione vera e propria deve rispettare altrettanto i principi sopra elencati, in quanto la selezione dell'offerta migliore dovrebbe essere il risultato dello svolgimento corretto della gara. Vi è dunque una tutela delle situazioni giuridiche dei partecipanti alla gara che vogliono conoscere eventuali illegittimità delle procedure sia nella fase ad evidenza pubblica della gara sia nella fase successiva di esecuzione del contratto, per poter eventualmente avere la possibilità di subentrare all'aggiudicazione. A tal proposito viene riconosciuto un interesse giuridicamente tutelato in capo *“ai soggetti che abbiano partecipato alla gara, e non ne siano stati definitivamente esclusi per l'esistenza di preclusioni che impedirebbero loro di partecipare a qualsiasi gara, a conoscere gli atti della fase esecutiva non configura quindi una “iperestensione” del loro interesse”*,⁸⁶ per poter accertare *“la sopravvenienza di illegittimità che precludano la prosecuzione del rapporto (c.d. risoluzione pubblicistica, facoltativa o doverosa) o per inadempimenti che ne determinino l'inefficacia sopravvenuta (c.d. risoluzione privatistica)”*.⁸⁷ Tuttavia, l'Adunanza ha precisato come l'interesse alla conoscenza dei documenti deve preesistere all'istanza e non sorgere a posteriori con finalità esplorativa, e dunque la richiesta, che è strumentale per la difesa della propria

⁸⁴ ex plurimis, Cons. St., sez. V, sent. n. 1115/2009

⁸⁵ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 02.04.2020 n. 10

⁸⁶ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 02.04.2020 n. 10

⁸⁷ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 02.04.2020 n. 10

situazione giuridica, deve precedere e motivare l'accesso stesso. Dunque, pur riconoscendo la sussistenza di un interesse di conoscere lo svolgimento del rapporto contrattuale, tale interesse, al fine di essere considerato concreto, attuale e diretto, deve soddisfare un bisogno di conoscere, il cosiddetto "need to know", strumentale per la difesa delle proprie situazioni giuridiche in giudizio; se così non fosse, l'accesso documentale eserciterebbe un controllo generalizzato sull'attività amministrativa soddisfacendo un desiderio di conoscere inteso come diritto alla conoscenza, il c.d. "right to know", tipico dell'istituto dell'accesso civico generalizzato.⁸⁸

Sull'ultima questione posta dal Consiglio di Stato all'Adunanza Plenaria, ed anche quella più rilevante, ovvero sull'applicabilità dell'istituto dell'accesso civico generalizzato in materia di appalti pubblici, il consesso ha esaminato dapprima i due orientamenti contrastanti sulla questione delle due Sezioni del Consiglio di Stato. Secondo la III Sezione, il rinvio agli articoli 22 e ss. Della legge n.241/1990 da parte del Codice, e quindi alla disciplina dell'accesso documentale, non dovrebbe escludere totalmente la possibilità di ricorrere allo strumento dell'accesso civico ogni qualvolta si richiami alla disciplina appena citata, in quanto sarebbe irragionevole un'interpretazione restrittiva e limitata a causa del mancato coordinamento delle normative vigenti da parte del Legislatore. Contrariamente, la V Sezione del Consiglio di Stato ritiene che l'art.53 del D.lgs. 50/2016 prevede una regolamentazione speciale e specifica dell'accesso, escludendo dunque l'applicazione dell'accesso civico in materia di contratti pubblici, esclusione che deriva non da una incompatibilità morfologica, quanto più normativa, richiedendo un intervento ad hoc da parte del legislatore.

⁸⁹L'Adunanza ha accolto la posizione della III Sezione sostenendo che *"la disciplina dell'accesso civico generalizzato, fermi i divieti temporanei e/o assoluti di cui all'art. 53 del d. lgs. n. 50 del 2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara e, in particolare, all'esecuzione dei contratti pubblici, non ostandovi in senso assoluto l'eccezione del comma 3 dell'art. 5-bis del D. lgs. n. 33 del 2013 in combinato disposto con l'art. 53 e con le previsioni della l. n. 241*

⁸⁸ Concilio E., "Accesso civico generalizzato e contratti pubblici: una rilettura del dibattito giurisprudenziale", in Nuove Autonomie n. 2/2021.

⁸⁹ Pettazoni E., "Trasparenza amministrativa e forme di accesso nelle procedure di gara", Stefanelli&Stefanelli studio legale, 2021

del 1990, che non esenta in toto la materia dall'accesso civico generalizzato, ma resta ferma la verifica della compatibilità dell'accesso con le eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, comma 1 e 2, a tutela degli interessi-limite, pubblici e privati, previsti da tale disposizione, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza."⁹⁰ La plenaria ha infatti sostenuto come l'applicazione del FOIA risponda all'evoluzione della visibilità del potere verso una maggiore democratizzazione del processo di formazioni dell'opinione pubblica prevedendo un coinvolgimento attivo del cittadino nelle decisioni di pubblico interesse, sostenendo inoltre che l'interesse alla conoscenza è espressione del principio di trasparenza quale fondamento della democrazia e del buon funzionamento della PA. Proprio al tal proposito, il consesso ha richiamato gli articoli 1,2,97,117 della nostra Costituzione, l'art.10 CEDU, nonché l'art.42 della Carta dei diritti fondamentali, sostenendo che per una visione più ampia dei diritti fondamentali non può non venir considerata la partecipazione ai pubblici poteri, partecipazione che si concretizza, anche, con lo strumento dell'accesso civico generalizzato. L'Adunanza ha dunque ritenuto che l'interpretazione formulata dalla V Sezione del Consiglio di Stato sia troppo restrittiva dei limiti previsti al comma 3 dell'art. 5 bis del D.lgs.33/2013 che prevede *"il diritto di cui all'articolo 5, comma 2, è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990"*.⁹¹ La Plenaria ha ritenuto preferibile una lettura della norma meno letterale e più unitaria, evitando di individuare nuovi limiti derivanti da una interpretazione tassativa. Per concludere dunque, con la sentenza n.10/2020, viene specificato come i limiti previsti per l'accesso ai documenti di cui agli articoli 22 e ss. della legge n.241/1990 e quelli previsti dalle discipline settoriali (tra cui quelli previsti all'art.53 del D.lgs. 50/2016), non possono essere superati con l'istituto dell'accesso civico; tuttavia qualora questi vengano meno l'accesso civico potrà operare di diritto senza un intervento normativo specifico da parte del legislatore anche in materia di contratti pubblici, salvo restando i limiti previsti all'art. 5 bis del D.lgs.

⁹⁰ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 02.04.2020 n. 10

⁹¹ D.lgs. 33/2013, art.5-bis, comma 3

n.33/2013, per la salvaguardia della riservatezza di segreti tecnici commerciali o interessi la cui conoscenza potrebbe recare un danno a situazioni giuridiche soggettive dei privati. L'accesso civico, inoltre, non deve intralciare il buon funzionamento dell'attività amministrativa e deve sottostare ad un principio di buona fede e correttezza, consentendo all'amministrazione di respingere eventuali richieste ritenute irragionevoli o sproporzionate.⁹²

L'interpretazione fornita dall'Adunanza nella sentenza in questione è l'unica in grado operare bilanciamento tra l'accessibilità totale come strumento di trasparenza e di partecipazione pubblica e, le peculiarità della materia dei contratti pubblici, settore in cui si intrecciano ulteriori principi quali i principi di concorrenza, la tutela della segretezza industriale e la trasparenza delle procedure di affidamento. Negare l'applicabilità dell'accesso civico generalizzato determinerebbe un'ingiustificata esclusione in un settore dove è maggiormente avvertita l'esigenza di conoscenza diffusa da parte dei cittadini ma, dall'altra parte, se l'accesso potesse essere esercitato senza il rispetto delle condizioni e limiti posti dalla normativa di settore, vi sarebbe il rischio di privilegiare solamente l'interesse del cittadino che esercita l'accesso ai sensi del D.lgs. n.33/2013, piuttosto che il diritto alla riservatezza del concorrente.⁹³

I chiarimenti forniti con la sentenza n.10/2020 dell'Adunanza plenaria sembrano voler uniformare l'interpretazione del principio di trasparenza, inteso sia come "valore immanente dell'ordinamento amministrativo"⁹⁴ che come "modo di essere della amministrazione",⁹⁵e non semplicemente come mero sinonimo di pubblicità. Tuttavia, se il concetto di trasparenza è da intendere come conoscibilità all'esterno dell'azione amministrativa, i principi enunciati dalla Plenaria sembrano essere ben definiti su tale punto; diversamente vale per l'affermazione circa l'applicabilità dell'accesso civico generalizzato, ovvero che quest'ultimo operi di diritto senza specifiche disposizioni che ne autorizzino

⁹² Pettazoni E., *"Trasparenza amministrativa e forme di accesso nelle procedure di gara"*, Stefanelli&Stefanelli studio legale, 2021

⁹³ Mirra V., *"Diritto d'accesso e attività contrattuale della pubblica amministrazione: la Plenaria risolve ogni dubbio?"*, in *Giurisprudenza amministrativa, Urbanistica e appalti* 5/2020

⁹⁴ Marrama R., *"La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo"*, in *Atti del XXXV Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, 1989;

⁹⁵ G. Arena, *Trasparenza amministrativa*, cit.

l'applicabilità, anche in materie specifiche. Il terzo comma dell'art.5-bis del D.lgs.33/2013 prevede che il FOIA *“è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241/1990.”*⁹⁶ Nonostante la poca chiarezza della disposizione, è certo come le ipotesi di esclusione previste a tale comma non operino una distinzione tra eccezioni assolute (quale ad es. il segreto di Stato), e quelle invece relative, che necessitano una valutazione dell'amministrazione dei casi e specifiche condizioni alle quali subordinare l'accesso. Il comma 3 dell'art. 5-bis include, oltre ai casi ai casi di esclusione previsti dall'art. 24 della legge 241/1990,⁹⁷ anche i casi in cui le discipline di settore prevedano particolari modalità per l'accesso. Sembrerebbe, quindi, che questo chiarimento sia applicabile anche al settore degli appalti pubblici, considerando il rinvio effettuato dal Codice all'art.22 e seguenti della legge 241/1990, richiamo che è stato oggetto di dibattito in quanto inserito quando ancora l'istituto dell'accesso civico generalizzato non era stato introdotto nell'ordinamento. Nonostante si possa considerare un rinvio “flessibile”, la specialità che caratterizza la materia degli appalti pubblici non può essere trascurata, e se l'accesso ai documenti è negato dall'amministrazione per esigenze di riservatezza a tutela di interessi pubblici o privati ritenuti prevalenti secondo quanto previsto dalla legge 241/1990, a maggior ragione tali documenti non dovrebbero essere ostensibili a chiunque presenti un'istanza di accesso al fine di esercitare il proprio diritto alla conoscenza e partecipare al dibattito pubblico. La trasparenza, infatti, non è preposta a soddisfare mere esigenze informative, né tanto meno è in grado da sola di conseguire la repulsione di infiltrazioni illecite dalle procedure amministrative, prime tra tutte le gare di

⁹⁶ D.lgs. 33/2013, art.5-bis comma 3

⁹⁷ Ovvero: per i documenti coperti da segreto di Stato ai sensi della legge 24 ottobre 1977, n. 801, e successive modificazioni, e nei casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge, dal regolamento governativo di cui al comma 6 e dalle pubbliche amministrazioni ai sensi del comma 2 del presente articolo; nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano; nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione; nei procedimenti selettivi, nei confronti dei documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psicoattitudinale relativi a terzi.

appalto.⁹⁸ Se la trasparenza si configura come un principio fondamentale del nostro ordinamento, è compito del legislatore chiarire le eccezioni all'applicazione dell'accesso civico generalizzato, così come quanto espresso anche dall'Adunanza plenaria nella sentenza n.10/2020 la quale afferma che «se il nostro ordinamento ha ormai accolto il c.d. modello FOIA non è l'accesso pubblico generalizzato degli atti a dover essere, ogni volta, ammesso dalla legge, ma sono semmai le sue eccezioni a dovere rinvenire un preciso, tassativo, fondamento nella legge».⁹⁹

Nonostante la sentenza dell'Adunanza Plenaria abbia fornito un'interpretazione e una risposta chiara circa l'applicazione del FOIA anche nel settore degli appalti pubblici, vi sono ancora dei tentativi di ostacolare l'applicazione dell'accesso civico a favore di quello procedimentale. Uno di questi è il recente intervento da parte del TAR Lombardia che si è pronunciato con la sentenza 17 agosto 2021, n. 1939 sulla presentazione di un'istanza di accesso presentata facendo riferimento ad entrambe le tipologie di accesso, da parte di un'impresa, la Domina s.c. a r.l, aggiudicataria di una gara del Comune di Milano per l'affidamento di servizi di accoglienza e custodia nei musei civici e delle mostre del Comune, oltre che per i servizi di pulizia degli immobili alla Civica Amministrazione (a seguito della risoluzione del contratto di adesione alla Convenzione Consip, già stipulato tra una diversa ditta ovvero la Romeo Gestioni S.p.A.), fino al 2017. All'atto della cessazione del servizio, l'amministrazione ometteva di conteggiare numerose ore di servizio prestato dalla ditta e, pertanto, la società aggiudicataria citava in giudizio il Comune innanzi al Tribunale Civile di Milano, richiedendo all'amministrazione l'ostensione degli atti di gara attinente al rapporto contrattuale tra l'Amministrazione e la società Romeo Gestioni S.p.A., anteriore al 2017, in quanto, secondo la ricorrente, necessari ai fini del pieno esercizio del diritto di difesa. A seguito del diniego alla richiesta di accesso la società ha ricorso dinnanzi al TAR, il quale ha negato l'applicabilità dell'accesso documentale per l'assenza di un "collegamento" tra la posizione giuridica soggettiva del richiedente e i documenti oggetto dell'istanza, ritendendo inoltre inapplicabile la disciplina dell'accesso civico generalizzato di cui al d.lgs. 33/2013 al fine di una

⁹⁸Spasiano M.R., *Trasparenza e qualità dell'azione amministrativa*, cit., 962.

⁹⁹ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 02.04.2020 n. 10

eventuale riqualificazione dell'istanza. Secondo il TAR Lombardia, l'art.5 pone come limite la tutela degli interessi giuridicamente rilevanti, che se non rinvenibili in capo al soggetto richiedente non consentano l'applicazione di tale istituto, in quanto non si tratta di un "lasciapassare" per il soggetto che non risponde dei requisiti per ricorrere all'accesso documentale.¹⁰⁰Tuttavia, la Plenaria ha chiarito che è necessario valorizzare la ratio dei due istituti, stabilendo che *"non può escludersi che un'istanza di accesso documentale, non accoglibile per l'assenza di un interesse attuale e concreto, possa essere invece accolta sub specie di accesso civico generalizzato"*¹⁰¹ fermo restando i limiti previsti dall'art. 5 bis D. lgs. n. 33/2013. Alla luce di ciò, quanto sostenuto dai giudici del TAR Lombardia risulta essere in contrasto con quanto previsto dal Consesso, in quanto il diritto ed il bisogno conoscitivo del richiedente risulterebbe ancora più ristretto e limitato venendo considerato come mero strumento per la conoscibilità, avente carattere generale e di soddisfacimento ad un interesse pubblico ritenuto "superiore", facendo emergere, tuttavia, una convinzione tutt'ora radicata in giurisprudenza ed in dottrina, per cui sarebbe l'accesso documentale strumento privilegiato al fine di garantire la trasparenza reattiva, specie nel settore degli appalti pubblici.

102

3.3 La giurisprudenza della Corte di Giustizia

Recentemente anche la Corte di Giustizia Europea si è pronunciata sul tema dell'accesso negli appalti pubblici, più specificatamente con la sentenza C-927/19 del 7 settembre 2021, che ha offerto un'interpretazione dell'art.21 della direttiva 2014/24/UE e degli artt. 1 e 2 della direttiva 89/665/CE, e la sentenza C-54, offrendo indicazioni in materia di tutela della riservatezza dei dati dei concorrenti e diritto di accesso degli stessi agli atti della procedura di gara. In merito alla prima sentenza, La Corte si è pronunciata a seguito di un contenzioso

¹⁰⁰ Pulizzi. G.F., "Tendenze e controtendenze in materia di accesso civico generalizzato: riflessioni a margine della sentenza T.A.R. Lombardia, 17 agosto 2021, n. 1939", *Federalismi.it*, 2022

¹⁰¹ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 02.04.2020 n. 10, par.11.6

¹⁰² G.F. Pulizzi, "Tendenze e controtendenze in materia di accesso civico generalizzato: riflessioni a margine della sentenza T.A.R. Lombardia, 17 agosto 2021, n. 1939", *Federalismi.it*, 2022

tra un'amministrazione aggiudicatrice lituana ed un operatore economico che si è classificato secondo alla gara indetta per l'aggiudicazione di un appalto pubblico per il raccolto ed il trasporto dei rifiuti. L'impresa ha ricorso dinnanzi alla Corte lituana richiedendo l'accesso agli atti relativi all'aggiudicatario acquisiti in via riservata dalla commissione giudicante. Il quesito posto alla Corte lituana alla Corte di Giustizia Europea riguardando gli obblighi in capo all'amministrazione aggiudicatrice sulla tutela della riservatezza delle informazioni e dei dati degli offerenti, ed il rapporto che intercorre tra tali obblighi e il diritto di accesso al fine della tutela giurisdizionale dei partecipanti che intendono proporre ricorso. In particolar modo i requisiti proposti alla Corte riguardano:

- 1- Se è previsto in capo in capo all'amministrazione aggiudicatrice l'obbligo di fornire tutte le informazioni relative all'offerta contestata da un operatore economico che intende ricorrere per la contestazione di un'aggiudicazione di un appalto pubblico;
- 2- Se l'amministrazione aggiudicatrice deve fornire una risposta esaustiva alla richiesta di accesso alle informazioni dell'offerta contestata anche se vi è il rischio di divulgare informazioni classificate come riservate;
- 3- Se la decisione di negare l'accesso al richiedente da parte dell'amministrazione aggiudicatrice alle informazioni riservate può essere impugnata dinnanzi al giudice.

La Corte di Giustizia, al fine di rispondere ai quesiti sollevati dalla Corte lituana, ha offerto, come già descritto sopra, un'interpretazione delle disposizioni in materia di tutela della riservatezza dei documenti presentati nelle procedure applicate alle amministrazioni aggiudicatrici e giudizi nazionali, contenute nelle direttive 2014/23 e 89/665. Dalla lettura della direttiva 2014/24 emerge che l'amministrazione aggiudicatrice, a cui è stata presentata una richiesta di accesso alle informazioni dell'offerta presentata da un altro concorrente ritenute considerate riservate, non può divulgare tali informazioni. D'altra parte, grava in capo alla stazione appaltante l'obbligo di richiedere al soggetto controinteressato elementi che provino la necessità di rendere riservate le informazioni, motivando

la propria decisione di negare l'estensione degli atti in questione. Tale obbligo di motivazione consente ai destinatari del diniego all'accesso di decidere se ricorrere in via giurisdizionale, e consentire ai giudici di effettuare un controllo di legittimità su tali decisioni. L'amministrazione aggiudicatrice deve dunque indicare le motivazioni della riservatezza totale o parziale delle informazioni a cui viene richiesto l'accesso, operando sempre un bilanciamento tra la tutela delle informazioni contenenti segreti commerciali e l'esigenza di tutela giurisdizionale. Dunque, qualora un operatore economico ritenga che l'amministrazione con la decisione di negare l'accesso alle informazioni leda il suo diritto di difesa, può impugnare la decisione dinnanzi al giudice affinché verifichi l'adeguatezza della motivazione di mantenere riservate tali informazioni, prendendo visione delle stesse al fine della decisione. Nel caso in cui il giudice ritenga adeguata e legittima la scelta dell'amministrazione di negare l'accesso al richiedente, la decisione non potrà essere contestata successivamente dall'istante. Per concludere, quindi, la Corte di Giustizia Europea con la pronuncia C-927/19 del 7 settembre 2021, ha risposto ai tre quesiti postele stabilendo che:

- 1- L'amministrazione aggiudicatrice, alla quale viene presentata un'istanza di accesso da parte di un operatore economico partecipante ad una gara a delle informazioni dell'offerta di un altro concorrente considerate riservate, non è tenuta a comunicare tali informazioni se la loro diffusione comporti una violazione delle norme del diritto comunitario in materia di tutela della privacy, anche nel caso in cui la richiesta sia presentata nell'ambito di un ricorso sulla legittimità della decisione di diniego;
- 2- Nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice decida di negare l'accesso a tali informazioni, deve operare un bilanciamento tra il diritto del richiedente ad un ricorso legittimo e la tutela dei propri interessi, ed il diritto del concorrente a cui le informazioni fanno riferimento di tutelare la propria riservatezza, al fine di assumere una posizione e prendere una decisione motivata per garantire un ricorso efficace al richiedente;

3- Spetta anche al giudice nazionale il compito di operare un bilanciamento tra gli interessi coinvolti delle due parti, prendendo ad esame tutti gli elementi di fatto e di diritto.¹⁰³

Con un'ulteriore sentenza, del 17 novembre 2022 (Causa C-54/21), la Corte di Giustizia è tornata a pronunciarsi sul rapporto conflittuale e assai problematico tra riservatezza, trasparenza e diritto ad avere un ricorso effettivo in materia degli appalti pubblici. La disciplina europea in questa materia è volta ad operare un'armonizzazione delle norme sulle procedure di aggiudicazione, in modo da garantire una piena e libera concorrenza al fine di assicurare massima correttezza della gara per la sezione di imprese qualificate per la realizzazione dell'interesse pubblico. Un'amministrazione aggiudicatrice polacca aveva indetto una gara per lo sviluppo di progetti di gestione ambientale il cui esito è stato contestato ed impugnato dinnanzi al giudice da un operatore economico, chiedendo un riesame delle offerte presentate e l'ostensione di determinate informazioni, in particolare: gli elenchi del personale incaricato dell'esecuzione dell'appalto, le informazioni relative ai subappaltatori o ad altri terzi che avrebbero messo a disposizione risorse e, più in generale, la descrizione delle modalità di esecuzione dell'appalto. Il giudice nazionale, ritenendo incerto il rapporto i diritti coinvolti quali, la tra trasparenza ed il diritto a un ricorso effettivo, da un lato, e diritto alla tutela delle informazioni riservate, dall'altro lato, ha rimesso la questione alla CGUE. La Corte ha sottolineato che, in via generale, la tutela delle informazioni riservate è essenziale per garantire una corretta concorrenza tra gli Stati, e salvaguardare il rapporto di fiducia tra operatori economici e amministrazioni aggiudicatrici ed è estesa non solo ai segreti tecnici e commerciali, ma anche agli aspetti riservati delle offerte, così come indicato dell'art. 21 della direttiva 2014/24/UE, dell'art. 39 della direttiva 2014/25/UE e dell'art. 28 della direttiva 2014/23/UE. Tuttavia, la CGUE ha precisato come l'amministrazione aggiudicatrice non è certo vincolata dalle indicazioni fornite dagli offerenti circa la natura riservata delle informazioni trasmesse, dovendo sempre verificare che queste siano realmente tali e altresì comunicare,

¹⁰³ E. Pettazzoni, *"Trasparenza amministrativa e forme di accesso nelle procedure di gara"*, Stefanelli&Stefanelli studio legale, 2021

preservando la natura riservata di tali informazioni, il contenuto essenziale al richiedente, conciliando la tutela della riservatezza con le esigenze di tutela giurisdizionale. In merito alla sentenza in esame, l'indicazione fornita dalla Corte è che l'amministrazione, per decidere se concedere o meno l'accesso a tali informazioni, deve valutare se queste abbiano un valore commerciale che non sia limitato all'appalto di cui trattasi, ribadendo comunque che in caso di rifiuto deve essere comunicato il contenuto essenziale delle stesse informazioni, riguardanti l'esperienza e le referenze dei concorrenti, salvo casi specifici riguardanti appalti le circostanze di prodotti o di servizi sensibili. In merito all'altro quesito posto alla Corte circa l'ostensione dei dati riguardanti eventuali subappaltatori a cui l'aggiudicatario si affida per l'esecuzione dei lavori, la sentenza ha evidenziato la necessità di operare una distinzione tra i dati identificativi di tali soggetti, e quelli che riguardano solamente le qualifiche e capacità professionali. In riferimento alla prima tipologia di dati, ovvero quelli identificativi, la Corte ha previsto la possibilità, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, di negare l'accesso a tali informazioni qualora siano di valore commerciale, dopo aver valutato le varie circostanze ed interessi di eventuali esperti e subappaltatori a partecipare a successive procedure di aggiudicazione. Riguardo ai dati non identificativi, la Corte ha confermato la loro accessibilità, in quanto il principio di trasparenza impone la loro conoscibilità da parte di tutti i partecipanti alle procedure di aggiudicazione, in quanto sono informazioni relative alle capacità professionali e qualifiche, la composizione dell'organico e la quota di esecuzione dell'appalto che l'aggiudicatario intende affidare.¹⁰⁴ Sull'ulteriore questione presentata dinnanzi alla CGUE, circa l'accesso agli atti riguardanti la descrizione delle modalità di esecuzione dell'appalto, la sentenza ha stabilito che spetta all'amministrazione stabilire se tali informazioni debbano essere tutelate e rimanere riservate, tramite il diritto d'autore e proprietà intellettuale, in quanto aventi un valore commerciale.¹⁰⁵ L'ultima questione affrontata dalla Corte riguarda il diritto ad un ricorso effettivo e l'incidenza della mancata ostensione

¹⁰⁴ L. Droghini, *"Riservatezza, trasparenza e tutela giurisdizionale effettiva nel settore degli appalti pubblici: nuove indicazioni da parte della giurisprudenza europea. Nota a CGUE, quarta sezione, 17 novembre 2022 (Causa C-54/21)"*, in *Federalismi.it*, 2023

¹⁰⁵ La Corte non ha infatti escluso che l'ostensione della descrizione delle modalità di esecuzione dell'appalto possa falsare la concorrenza, riducendo così la strategia del concorrente interessato di offrire un lavoro innovativo e di poter utilizzare la medesima concezione e la medesima descrizione in occasione di gare future.

delle informazioni sull'esito della procedura di gara. Nella pronuncia, si è ricordato come il giudice nazionale debba poter disporre delle informazioni, anche quelle considerate come riservate dall'amministrazione aggiudicatrice, al fine di verificare la corretta qualificazione delle stesse ed assicurare un ricorso effettivo. Qualora venga accertato da parte del giudice l'illegittimità del diniego all'accesso alle informazioni da parte dell'amministrazione, ciò non comporta l'annullamento della procedura di aggiudicazione e l'indizione di una nuova gara, salvo la possibilità per il giudice nazionale di adottare dei provvedimenti che assicurino un ricorso effettivo quale, ad esempio, la possibilità per l'offerente ricorrente di proporre un nuovo ricorso contro la decisione di aggiudicazione.¹⁰⁶ Più volte, dunque, la Corte di Giustizia si è espressa sulla tutela delle informazioni commerciali fornite dagli operatori nelle procedure di aggiudicazione, elevando il diritto alla riservatezza di tali a principio generale dell'Unione Europea. Tale garanzia non è estesa solamente ai segreti tecnici e commerciali, ma a tutte quelle informazioni che potrebbero danneggiare il vantaggio competitivo di un concorrente anche in previsione di gare future. Il regime di riservatezza appena illustrato, previsto all'art. 21 della direttiva 2014/24, presenta però un particolare limite, ovvero la disciplina nazionale sulla trasparenza e l'accesso alle informazioni. In riferimento a ciò, la Corte ha evidenziato come deve essere operato un giusto bilanciamento tra gli interessi coinvolti, ovvero il diritto di riservatezza da un lato, e l'esigenza di una tutela giurisdizionale, in quanto il ricorrente deve disporre di sufficienti informazioni al fine di stabilire l'eventuale vizio della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice. Nel nostro ordinamento, il regime di trasparenza determinato all'art.53 del Codice dei contratti pubblici individua tutti gli atti oggetto di pubblicazione, tra i quali: tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione, alle procedure di affidamento ed esecuzione di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione.¹⁰⁷ In linea con quanto previsto dalle disposizioni comunitarie, è quindi affidato

¹⁰⁶ L. Droghini, "Riservatezza, trasparenza e tutela giurisdizionale effettiva nel settore degli appalti pubblici: nuove indicazioni da parte della giurisprudenza europea. Nota a CGUE, quarta sezione, 17 novembre 2022 (Causa C-54/21)", in *Federalismi.it*, 2023

¹⁰⁷ L'ANAC nella Delibera n.1310 del 28 dicembre 2016 ha individuato tutti gli atti che sono sottoposti a pubblicazione

all'amministrazione il compito di valutare la riservatezza e la non divulgazione di certe informazioni. Non del tutto in linea con la formulazione dell'art.21 della direttiva 2014/24, è l'art.53 comma 5 del Codice dei contratti, che esclude il diritto di accesso e la divulgazione delle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta che costituiscano segreti tecnici o commerciali. Il testo dell'art. 53 non ha riprodotto la previsione del vecchio codice dei contratti (D.lgs. n. 163/2006) che escludeva dall'accesso anche ad altri dati riservati delle offerte, facendo sì che il concetto di segreto tecnico e commerciale assuma una portata più ampia e generale. Tale visione è stata accolta parzialmente anche da una parte della giurisprudenza, che condivide un significato più ampio del segreto tecnico e commerciale,¹⁰⁸ che comprende anche tutti quegli elementi di carattere professionale che contraddistinguono l'offerta e strategia di un concorrente, venendo dunque classificati come informazioni riservate. Per quanto riguarda il bilanciamento tra il diritto di accesso e la tutela della riservatezza, si nota il particolare favore del legislatore nazionale nei confronti della trasparenza che diventa però cedevole rispetto al diritto di accesso quando quest'ultimo sia necessario per la difesa in giudizio del soggetto ricorrente. L'art. 53 del codice dei contratti pubblici nulla dice sul bilanciamento in senso stretto da parte della stazione appaltante, che deve soltanto valutare la sussistenza delle condizioni affinché un diritto prevalga sull'altro.

3.4 La trasparenza come strumento preventivo contro la corruzione

Come già visto all'inizio dell'elaborato, la conoscibilità e l'accesso informazioni delle procedure di affidamento degli appalti pubblici ricopre un ruolo essenziale in questa materia, così come l'attuazione del principio di trasparenza, che diviene sia uno strumento di partecipazione del cittadino al fine di un controllo generalizzato dell'attività amministrativa, sia un mezzo volto alla prevenzione ed al contrasto dei fenomeni corruttivi. Nel nostro ordinamento, nel 2012, venne introdotta la legge n.190 contenente "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione", per

¹⁰⁸ TAR Lombardia, sez. I, 7 marzo 2022, n.543; TAR Lazio, sez. I, 11 agosto 2021, n. 9363.

la necessità di rafforzare gli strumenti e gli sforzi per la prevenzione e contrasto della corruzione. Tale legge si fonda su dei principi cardine vigenti nel nostro ordinamento ovvero quello di legalità, imparzialità e trasparenza della Pubblica Amministrazione, principio direttamente collegato e reso operativo tramite l'accesso alle informazioni ed ai documenti. Dal decreto c.d. decreto trasparenza, ovvero il D.lgs. 33/2013, la trasparenza viene definita come un'accessibilità totale delle informazioni riguardanti l'organizzazione e l'attività della Pubblica Amministrazione, accessibilità volta ad assicurare la partecipazione dei cittadini alle decisioni pubbliche. Con l'introduzione delle due nuove tipologie di accesso, prima quello civico semplice e successivamente quello generalizzato, il Legislatore ha operato per consolidare il principio di trasparenza, sia come strumento volto ad un controllo generalizzato dell'attività amministrativa, sia come vero e proprio strumento per la lotta alla corruzione. Tuttavia, bisogna sempre operare un bilanciamento dei diritti ed interessi coinvolti e contrapposti tra loro: il diritto di accesso e conoscenza si oppone infatti a quello di riservatezza e tutela della privacy degli interessi in gioco, sia pubblici che privati.

La corruzione è un fenomeno multidimensionale che, a seconda dall'ambito e dalla materia a cui si riferisce, acquisisce un significato diverso attribuitigli dagli esperti; tuttavia, può essere genericamente definita come *“una forma di abuso della propria posizione per il conseguimento di un vantaggio personale”*¹⁰⁹. Nella fattispecie penalistica rientrano alcune ipotesi di corruzione, disciplinate agli artt. 318, 319 e 319-ter del c.p., di delitti contro la Pubblica Amministrazione, ma L'ANAC ha specificato come le situazioni che rientrano nei fenomeni corruttivi siano più ampie, comprendendo anche *“un malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso a fini privati delle funzioni attribuite ovvero l'inquinamento dell'azione amministrativa ab externo”*¹¹⁰. I comportamenti corruttivi rientrano dunque nel concetto più ampio di “maladministration”, intesa come l'insieme delle decisioni prese dalla Pubblica Amministrazione, e in più in generale dall'attore pubblico, che contrastano la cura dell'interesse pubblico non assicurando l'imparzialità. La “maladministration” ricomprende quindi una serie di comportamenti fonti di responsabilità extra-penale quali conflitti di interesse,

¹⁰⁹ Jannone A., *Corruzione, frodi sociali e frodi aziendali*, FrancoAngeli, Milano, 2015

¹¹⁰ ANAC – Piano Nazionale 2013-2016, par. 2.1. “Definizione di corruzione”

clientelismi e favoritismi, non solo dei pubblici ufficiali di tutti i dipendenti pubblici a servizio dello Stato. Sabino Cassese, in una sua citazione del 1992, afferma come la corruzione pubblica si manifesta quando *“la funzione pubblica viene svolta non nell’interesse del pubblico, ma nell’interesse dei privati, per assicurare loro guadagno”*¹¹¹, comportando una perdita di fiducia dei cittadini nelle istituzioni, concepite come uno strumento di parte funzionali ai perseguimenti di tali interessi e non come un potere neutrale. La correttezza del rapporto che intercorre tra l’amministrazione ed il cittadino non può essere definita solamente sulla base della sanzione penale applicabile nel caso in cui vengano posti in essere determinati comportamenti, ma devono essere individuati una serie di casi volti ad evitare, o prevenire, episodi che potrebbero mettere a rischio il perseguimento dell’interesse pubblico e la stessa *“etica pubblica”* definita come *“il complesso delle regole che garantiscono il risultato di scelte pubbliche, non in sé giuste, ma imparziali, non impropriamente condizionate da interessi particolari”*¹¹².

La sopra citata legge n.190/2012 costituisce il principale strumento per la prevenzione della corruzione previsto nel nostro ordinamento, corruzione commessa a danno della stessa Pubblica Amministrazione od enti pubblici. Gli strumenti concreti previsti dalla legge sono molteplici tra cui: il Piano Nazionale Anticorruzione, i codici di comportamento, la rotazione ed il turn over del personale, l’obbligo di astensione in caso di conflitto di interesse, il divieto di pantouflage, l’incompatibilità nelle commissioni di gara e per concludere, la trasparenza. La legge 190/2012 ha previsto dunque una serie di meccanismi volti alla prevenzione della corruzione che agiscono su più livelli istituzionali, ricoprendo sia il livello centrale, sia i livelli più periferici.¹¹³ Il PNA è un atto di indirizzo nazionale di durata triennale adottato dall’ANAC per le amministrazioni pubbliche e per tutti i soggetti a cui si applica la normativa anticorruzione. L’obiettivo di tale strumento è, innanzitutto, quello di promuovere e favorire l’utilizzo delle misure di prevenzione della corruzione, individuando i principali settori a rischio, i pericoli, gli eventuali rimedi a fenomeni corruttivi ed inoltre i

¹¹¹ Cit. S. Cassese, *“Maladministration e rimedi”*, in *Foro.it*, 1992, V, c.243, pp.2-15

¹¹² Merloni F., *“Per un’etica pubblica”*, in R. Cavallo Perin, F. Merloni, *Al servizio della nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, 2009.

¹¹³ Memeo A., *“La libertà di accesso alle informazioni come ausilio preventivo nella lotta alla corruzione”*, in *Ratio Iuris*, 2021.

tempi e le modalità di attuazione delle misure preventive. Il piano è composto da una parte generale relativa alla gestione delle funzioni del personale e Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza e gestione dei rischi corruttivi, ed un'altra area dove vengono individuate le aree più problematiche, sia quelle più generali sia quelle più specifiche quali, per esempio, le università. A livello periferico invece, le singole amministrazioni pubbliche adottano i Piani triennali anticorruzione, recepiti dalle stesse secondo le indicazioni del Piano nazionale per l'adozione delle misure preventive. Entrambe le tipologie di pianificazione, quella centrale e quella periferica, si basano sulla metodologia del c.d. risk management. Tale procedura è costituita da più fasi che vanno dall'analisi del contesto in cui un'amministrazione opera, alla programmazione vera e propria degli strumenti di prevenzione al fine della loro attuazione. Ulteriori misure di contrasto dei fenomeni di corruttivi sono:

- I codici di comportamento, che impongono il rispetto dei principi di diligenza ed imparzialità individuano la condotta che i dipendenti pubblici devono seguire, avendo così una funzione sia di indirizzo sia repressiva di eventuali comportamenti dannosi con le previsioni di sanzioni disciplinari;
- La rotazione del personale, che prevede la rotazione sia dei dirigenti e funzionari per evitare l'instaurarsi di relazioni di favore tra l'amministrazione e gli utenti. Tuttavia, non sempre è possibile attuare questa misura in modo efficiente in particolar modo negli enti pubblici, dove è preferibile attuare misure differenti quali il controllo non esclusivo sui procedimenti da parte della figura apicale;
- Il divieto di pantouflage, ovvero l'impossibilità per i dipendenti pubblici di svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di lavoro con un'amministrazione od ente pubblico, un'attività lavorativa presso i soggetti privati destinatari dell'attività pubblica al fine di evitare eventuali conflitti di interesse;
- La stessa Autorità Nazionale Anticorruzione rappresenta uno strumento, e probabilmente il più importante, di prevenzione. L'ANAC oltre a redigere il

PNA svolge importanti funzioni di vigilanza delle procedure e degli atti, ha potere regolatorio ed indirizzo attraverso l’emanazione di linee guida che orientamento l’azione e l’attività dell’amministrazione.

Per concludere, lo strumento cardine nella lotta alla corruzione è sicuramente la trasparenza, e la legge 190/2012 ha delegato il governo ad operare un riordino della disciplina degli obblighi di pubblicità e trasparenza con il d.lgs. 33/2013, unificando la disciplina in un’unica normativa ed introducendo l’accesso civico che consente a qualsiasi cittadino il diritto di richiedere alla Pubblica Amministrazione qualsiasi atto sottoposto all’obbligo di pubblicità. Si fa corrispondere, dunque, all’obbligo gravante in capo alle amministrazioni di pubblicare i documenti, il diritto di accedere agli stessi dei privati. La trasparenza si configura sia come pubblicità delle informazioni dell’amministrazione, sia come accesso e conoscibilità delle stesse e rappresenta un’importante conquista ai fini di un’attività amministrativa più democratica e più partecipativa e trasparente. La conoscenza è il vero nemico della corruzione, quanto più sono pubbliche e visibili le attività e le procedure dell’attore pubblico, tanto maggiore saranno i controlli e minore il rischio che si verifichino fenomeni di corruzione. Tuttavia, spesso le misure e l’impegno per prevenire tali fenomeni non è sufficiente, è necessario che anche la cittadinanza rivesta un ruolo attivo in questa battaglia collaborando con l’attore pubblico, rispettando le norme e le istituzioni e partecipando attivamente all’attività pubblica.¹¹⁴

3.5 Il nuovo codice dei contratti

Il 31 Marzo 2023 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il nuovo Codice dei contratti pubblici, il Decreto legislativo n.36/2023, che entrerà in vigore a partire dal 1° luglio 2023. Il legislatore ha comunque previsto un periodo di transizione fino al 31 Dicembre, al fine di operare un miglior coordinamento tra la nuova e la vecchia normativa, durante il quale saranno ancora vigenti alcune disposizioni del vecchio Codice. Il D.lgs. 36/2013 ha un approccio innovativo rispetto a quello

¹¹⁴ Memeo A., *“La libertà di accesso alle informazioni come ausilio preventivo nella lotta alla corruzione”*, in Ratio Iuris, 2021.

ancora in vigore, soprattutto per la formulazione di due principi generali: il principio del risultato ed il principio della fiducia. Il primo è alla base dell'azione delle stazioni appaltanti, in quanto devono perseguire l'interesse pubblico primario vigilando sull'esecuzione del contratto assicurando il miglior rapporto qualità-prezzo, oltre che il rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e legalità. Il principio di risultato risulta essere il più importanti tra quelli enunciati dal codice e si pone alla base dell'esercizio discrezionale come guida per il raggiungimento del risultato prestabilito che accresca la qualità del servizio offerto, oltre che come criterio di valutazione delle performance e responsabilità di dipendenti e funzionari che svolgono le funzioni amministrative di programmazione ed esecuzione e di distribuzione degli incentivi e premi economici per il raggiungimento del risultato.¹¹⁵ Il principio della fiducia, previsto all'art.2 del nuovo Codice, consiste nell'affidamento da parte dei privati nel confronto della Pubblica Amministrazione e dei suoi funzionari, sull'azione di quest'ultimi, che deve essere trasparente e corretta. Tale principio valorizza l'autonomia e la discrezionalità decisionale dell'amministrazione, soprattutto per quanto riguarda le procedure di scelta delle offerte, l'affidamento dei lavori ed esecuzione dei contratti pubblici. Il principio della fiducia è alla base di una relazione di reciproca collaborazione tra le parti verso l'attività amministrativa, e volta a superare la lentezza amministrativa che rappresenta un ostacolo all'efficienza dell'amministrazione.¹¹⁶ Un ulteriore principio previsto e disciplinato dal Codice è quello di conservazione dell'equilibrio contrattuale, principio già consolidato in materia di concessioni, ma innovativo invece per quanto riguarda il settore degli appalti pubblici; tale principio prevede il diritto alla rinegoziazione contrattuale nel caso in cui si verificano fatti straordinari ed imprevedibili, al fine di ripristinare le condizioni contrattuali originarie. Un'ulteriore novità introdotta dal nuovo Codice riguarda la disciplina dei contratti misti al comma 18 dell'art.14. Nel Codice ancora in vigore, i contratti misti devono avere ad oggetto due o più tipi di prestazioni e l'aggiudicazione avviene eseguita nei confronti dell'appalto che costituisce l'oggetto principale: nel caso di servizi e forniture quest'ultimo viene individuato in base al valore economico più alto, nel caso di lavori invece vi è una

¹¹⁵ D.lgs. n.36/2023, art.1.

¹¹⁶ D.lgs. n.36/2023, art.2.

valutazione di quale sia l'oggetto principale in base alle intenzioni della stazione appaltante. Il D.lgs. 36/2023, invece, amplia l'ambito di applicazione del criterio quantitativo anche ai contratti aventi oggetto l'esecuzione di lavori, e non più solamente ai contratti di forniture e servizi.¹¹⁷ Il Legislatore con questo nuovo intervento legislativo ha voluto evitare di operare rinvii a provvedimenti normativi ulteriori, prevedendo una disciplina che sia attuabile in modo immediato. Si è voluto enfatizzare il significato di alcuni concetti chiave spesso ricorrenti nel settore dei contratti pubblici quali:

- La semplificazione: si è cercato di snellire le procedure aumentando il potere discrezionale delle amministrazioni e rimuovendo il goldplating, evitando dunque ulteriori oneri finanziari in capo agli operatori;
- L'accelerazione: viene intesa come una maggiore rapidità e fluidità delle procedure, per garantire l'effettiva esecuzione degli affidamenti;
- La digitalizzazione: la trasformazione dei processi e procedure in digitale, per la pubblicazione dei documenti garantendo la protezione dei lavoratori e delle imprese. L'art.22 del nuovo Codice introduce un "ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale", che si fonda su due istituti, entrambi gestiti dall'ANAC, ovvero la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, prevista all'art.23, ed il fascicolo virtuale dell'Operatore Economico (il FVOE), disciplinato all'articolo seguente.¹¹⁸

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha affermato che, nonostante il ricordino della materia e una nuova codificazione della stessa, non è sufficiente per una riforma di successo, in quanto bisogna attendere l'effettiva entrata in vigore delle nuove disposizioni. Nella materia di contratti pubblici è necessario attuare almeno tre condizioni al fine di un vero e proprio rinnovo di questo settore già presenti anche negli obiettivi previsti dal PNNR quali: la formazione dei funzionari soggetti

¹¹⁷ Guccione C., *"Il nuovo Codice dei contratti pubblici in G.U.: le principali novità"*, in Altalex.com, 2023.

¹¹⁸ Redazione, *"Nuovo codice dei contratti pubblici D.lgs. n 36/2023 in Gazzetta Ufficiale: le novità principali"*, in Sentenzeappalti.it, 2023.

che dovranno attuare ed osservare il nuovo Codice, una riqualificazione delle stazioni appaltanti e l'attuazione effettiva della digitalizzazione delle procedure e delle banche dati, per renderle reperibili.¹¹⁹ Un'ulteriore novità introdotta dal nuovo Codice riguarda le procedure di affidamento, disciplinate all'art.50, per le quali sono previsti limiti più stringenti per gli affidamenti diretti rispetto al Codice ancora in vigore, e procedure più semplificate. Per i lavori le procedure previste sono:

- a) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, individuati tra gli iscritti negli albi o elenchi della stazione appaltante con esperienza nelle esecuzioni contrattuali;
- b) affidamento diretto dei servizi e forniture, compresi quelli di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 140.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, individuati tra gli iscritti negli albi o elenchi della stazione appaltante con esperienza nelle esecuzioni contrattuali;
- c) procedura negoziata senza bando, per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro (fino ad 1 milione di euro), previa consultazione di almeno cinque operatori economici, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici;
- d) procedura negoziata senza bando, per lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14, previa consultazione di almeno dieci operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici;
- e) procedura negoziata senza bando, per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14,

¹¹⁹ Relazioni al Codice dei contratti pubblici, elaborato dal Consiglio di Stato, Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", Roma, 7 Dicembre 2022

previa consultazione di almeno cinque operatori economici, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici.¹²⁰

Per concludere, altre due importanti modifiche sono state apportate nel nuovo Codice:

- Il responsabile unico del procedimento diventa responsabile unico del progetto (RUP), a cui sono attribuite le funzioni di programmazione, progettazione, affidamento e esecuzione dei lavori. Può essere individuato anche tra i dipendenti della stazione appaltante assunti a tempo determinato, e deve possedere i requisiti e la professionalità richiesta per l'esecuzione delle funzioni assegnategli. Le stazioni appaltanti possono altresì individuare un responsabile del procedimento per le fasi di programmazione ed esecuzione, salvo però il mantenimento in capo al RUP delle funzioni di supervisione e coordinamento;
- La progettazione viene semplificata e ridotta a due livelli: progettazione di fattibilità tecnico-economica e progetto esecutivo (Art. 41), e vi è l'istituzione, da parte del Consiglio superiore dei lavori pubblici, di un comitato speciale appositamente dedicato all'esame dei progetti. Con il nuovo Codice viene consolidata la metodologia BIM (obbligatoria a partire da Gennaio 2025), che prevede l'adozione di strumenti digitali per la gestione informativa relativa a lavori e realizzazione di opere per importi superiori ad un 1 milione di euro.¹²¹

3.6 La trasparenza e l'accesso nel nuovo Codice dei contratti pubblici

Il nuovo Codice dei contratti, il D.lgs. 36/2023, dedica alla trasparenza due articoli, l'art.20 e l'art.28, entrambi contenuti nella parte II del *testo* normativo intitolata "*Della digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti*".¹²² L'articolo 20

¹²⁰ D.lgs. 36/2023, art.50, comma 1.

¹²¹ "Nuovo Codice dei contratti pubblici D.lgs. n.36/2013 in Gazzetta Ufficiale: le novità principali", in *Sentenzeappalti.it*, 2023.

¹²² D.lgs. n.36/2013, Parte II.

elenca i principi generali in materia di trasparenza, rinviando agli obblighi di pubblicità legale degli atti ed informazioni previsti del decreto trasparenza 33/2013, rispettando il principio di unicità del luogo di pubblicazione e dell'invio delle informazioni.¹²³ Tale articolo indica, quindi, gli strumenti previsti dall'ordinamento al fine di rendere concreta l'attuazione del principio di trasparenza, ovvero la pubblicità dei dati e delle informazioni. Come già visto, il concetto di trasparenza fa riferimento alla piena conoscibilità all'esterno dell'attività svolta dalla Pubblica Amministrazione per l'interesse generale, al fine di attuare i principi costituzionali di eguaglianza, buon andamento, efficacia ed efficienza ne garantire i diritti civili, politici e sociali dei cittadini, così come quanto previsto dall'art.1 del D.lgs. 33/2013.¹²⁴ In particolar modo nel settore dei contratti pubblici il principio di trasparenza deve essere garantito in modo concreto attraverso gli strumenti previsti per la conoscenza dell'agire amministrativo, e non limitarsi ad essere solamente un principio proclamato; l'articolo 28 del Codice e l'art.37 del decreto trasparenza prevedono specifici obblighi di pubblicazione nella sezione "Bandi di gara e contratti" presente nella sezione Amministrazione trasparente sui siti istituzionali delle amministrazioni. Altri due importanti strumenti di trasparenza essenziali sono le due tipologie di accesso, l'accesso civico e l'accesso civico generalizzato, che permettono ai cittadini di richiedere la pubblicazione di tutti gli atti la cui pubblicazione obbligatoria non sia stata effettuata senza che sia richiesta alcuna legittimazione, garantendo inoltre l'accesso agli stessi nelle modalità e nei limiti previsti dalla legge. Il primo comma dell'art.20 del Codice evidenzia, dunque, come la trasparenza è assicurata mediante l'individuazione degli atti ed informazioni che devono essere pubblicati sui siti istituzionali (previsti all'art.28 del suddetto Codice) circa le procedure delle gare, i costi e l'oggetto del contratto; tuttavia la pubblicazione dei dati ha solamente una finalità di trasparenza di controllo da parte dei cittadini e non produce effetti legali, che si realizza invece con la pubblicazione degli stessi nell'albo pretorio dei siti istituzionali. Il secondo comma enuncia il principio di unicità del luogo di pubblicazione e scambio delle informazioni, al fine di garantire procedure più flessibili e semplificate in capo alle amministrazioni per evitare

¹²³ D.lgs. n.36/2023, art.20.

¹²⁴ D.lgs. n.33/2013, art.1.

duplici pubblicazioni per finalità diverse e cedere le proprie informazioni per le banche dati di altre amministrazioni. Infine, il terzo ed ultimo comma dell'articolo in esame prevede l'obbligo in capo alle Regioni e Province autonome di assicurare la trasparenza in materia di contratti pubblici. L'altro articolo del nuovo Codice dei contratti pubblici che affronta il tema della trasparenza è, come già citato, l'art.28. Con l'introduzione del nuovo Codice, vi è da parte del legislatore un cambio di orientamento rispetto alle vecchie disposizioni. L'art.29 del D.lgs. 50/2016 e il nuovo articolo 28 del D.lgs. 36/2023 presentano un incipit diverso; il primo fa riferimento a "Tutti gli atti", il secondo invece si riferisce al "Le informazioni e i dati", modificando così l'oggetto della trasparenza. La scelta del legislatore di utilizzare un termine così volutamente ampio e generale nel 2016 è giustificata dal fatto che la trasparenza totale era considerata un vero e proprio obiettivo da raggiungere, creando però non pochi dubbi circa sulla tipologia di atti ai quali si doveva applicare il codice. Non era ben chiaro, infatti, se le disposizioni dovevano riferirsi anche ai contratti o solamente ai provvedimenti amministrativi della stazione appaltante, considerando anche l'art. 1, comma 505, della L. 208/2015 che aveva introdotto l'obbligo di pubblicazione "nel loro testo integrale" dei contratti di appalto di importo superiore a un milione di euro. L'unico elemento che potesse far intendere l'esclusione dei contratti dagli atti oggetto di pubblicazione è dato dal fatto che l'art. 29 del D.lgs. 50/2016 fa riferimento agli atti della "programmazione" e delle "procedure di affidamento", considerando dunque esclusi gli atti della fase di esecuzione. Nel 2020, con la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la n.10 del 2 aprile 2020, viene affermata la preminenza del principio di trasparenza in proprio in materia di accesso civico e accesso agli atti della fase esecutiva di un appalto. Il chiarimento definitivo viene determinato dall'intervento del legislatore con il con il decreto-legge n.77/2021, che ha esteso la trasparenza alla fase di esecuzione degli appalti, ed in particolare aggiungendo i termini "e l'esecuzione" alla prima frase dell'art. 29,¹²⁵ che diventava: *"Tutti gli atti ... relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento e l'esecuzione"*.¹²⁶ Il nuovo testo del codice appalti, tuttavia, modifica tale

¹²⁵ Di Maria D., *"La trasparenza nel nuovo codice degli appalti: un notevole cambiamento"*, in [Ius & management, Osservazioni sparse su diritto e management della P.A.](#), 2023.

¹²⁶ D.lgs. 50/2016, art.29, comma 1.

disposizione, imponendo la pubblicazione di dati e informazioni, non di atti che devono essere trasmessi all'ANAC e pubblicati nella sezione "Amministrazione trasparente".

I primi due commi dell'art.28 disciplinano gli obblighi di pubblicazione previsti dal D.lgs. 33/2013, uniformando dunque gli adempimenti previsti per evitare appesantimenti. Le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di comunicare i dati all'Autorità Nazionale Anticorruzione tramite piattaforma digitale e nella sezione "Amministrazione trasparente" e sottosezione "Bandi di gara e contratti". All'esito dell'invio dei dati potrà essere pubblicato, nella sezione "Amministrazione trasparente", il collegamento ipertestuale alla banca dati. Oltre alle informazioni e ai dati relativi alle procedure di gara, sono oggetto di pubblicazione anche i nominativi che compongono la commissione giudicatrice e i curricula dei suoi componenti, nonché i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione. Il terzo comma individua gli atti oggetto di pubblicazione, che corrispondono a quelli elencati nell'art.1 comma 20 della legge 190/2012, norma che verrà abrogata con l'entrata in vigore del nuovo Codice.¹²⁷ I dati oggetto di obbligo di pubblicazione sono: la struttura proponente, l'oggetto del bando, l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte, l'aggiudicatario, l'importo di aggiudicazione, i tempi di completamento dell'opera, servizio o fornitura, l'importo delle somme liquidate.¹²⁸

In materia di accesso e riservatezza, invece, il nuovo Codice introduce delle modifiche della disciplina, previste all'art. 35. Le stazioni appaltanti, così come quanto disciplinato dall'art.1, devono assicurare l'accesso l'acquisizione dei dati e delle informazioni relative alle procedure di affidamento mediante le piattaforme digitali, ai sensi dell'art. 22 e ss. della legge n.241/1990 e articoli 5 e 5 bis del D.lgs. 33/2013. L'altra novità di cruciale importanza è la previsione dell'istituto dell'accesso civico generalizzato anche in materia di appalti pubblici, che attribuisce a tutti i cittadini il diritto di accedere alla documentazione di interesse, nei limiti e nelle modalità previste dall'art 5 bis del decreto 33/2013. In materia,

¹²⁷ Relazioni al Codice dei contratti pubblici, elaborato dal Consiglio di Stato, Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", Roma, 7 Dicembre 2022.

¹²⁸ D.lgs. 36/2023, art.28, comma 3.

infatti, è intervenuto anche il Consiglio di Stato con l'Adunanza plenaria n.10 del 2020, riconoscendo la possibilità di ricorrere all'istituto dell'accesso civico generalizzato in tutte le fasi del contratto, in quanto è una garanzia del principio di trasparenza che rappresenta il fondamento della democrazia amministrativa e ed assicura la conoscibilità delle procedure e delle decisioni della Pubblica Amministrazione, configurandosi, inoltre, come strumento volto al contrasto dei fenomeni corruttivi. Il Consiglio di Stato ha rinvenuto la natura del diritto di accesso sia nella nostra Costituzione (in particolar modo negli articoli 1,2,97 e 117) sia nell'art.42 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE ¹²⁹che afferma *“Ogni cittadino dell'Unione nonché ogni persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, a prescindere dal loro supporto.”*¹³⁰. Tale istituto consente di far valere il diritto di chiunque di partecipare al dibattito pubblico e consentire un controllo “sociale” sull'operato delle amministrazioni, rafforzando il processo di rendicontazione dei risultati da parte della classe politica. Il secondo comma, invece, modifica la disciplina dei termini per l'ottenimento dei documenti oggetto della richiesta di accesso. Un'ulteriore modifica apportata dal nuovo Codice riguarda le ipotesi di esclusione all'accesso, mantenendo invece pressoché invariati i casi di differimento dell'accesso documentale (esteso anche alle domande di partecipazione, le informazioni relative ai requisiti di partecipazione e ai verbali relativi alla fase di ammissione).¹³¹ Il comma 4 dell'art.35 del D.lgs.36/2013, prevede l'esclusione dall'accesso i seguenti atti:

- 1) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;*
- 2) alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto;*

¹²⁹ Relazioni al Codice dei contratti pubblici, elaborato dal Consiglio di Stato, Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante “Delega al Governo in materia di contratti pubblici”, Roma, 7 Dicembre 2022

¹³⁰ Art. 42 Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

¹³¹Giuliano M., *“Come cambia il diritto di accesso nel nuovo codice degli appalti”*, in 4CLegal <https://www.4clegal.com/settore-pubblico/cambia-diritto-accesso-nuovo-codice-appalti>, 2022.

*3) alle piattaforme digitali e alle infrastrutture informatiche utilizzate dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, ove coperte da diritti di privativa intellettuale.*¹³²

Tuttavia, il comma successivo del medesimo articolo, il comma 5, prevede la possibilità per il ricorrente di accedere a tali documenti, solo ed esclusivamente se necessari per la propria difesa in giudizio dei propri interessi. Rilevante è ciò che il comma quarto dell'art.35 afferma circa le informazioni che, secondo motivata dichiarazione, possano classificarsi come segreti tecnici e commerciali. La norma infatti prevede la possibilità di negare l'accesso a tali dati, salvo quanto previsto dal comma 5, ma non lo esclude tout court, lasciando dunque discrezionalità all'amministrazione di operare una valutazione circa la loro riservatezza.

Per gli atti e le informazioni relative ai requisiti di partecipazione, domande di accesso, le valutazioni delle offerte ecc., non posso essere conoscibili fino all'aggiudicazione. Qualora un concorrente volesse impugnare le decisioni assunte dalla stazione appaltante di oscurare determinate informazioni, può ricorrere entro 10 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione. Il comma successivo precisa come il mancato rispetto dei termini previsti per l'accesso agli atti viola l'art.326 del codice penale, violazione che prevede la reclusione da 2 a 5 anni. Gli ultimi due commi, il 4 ed il 5, prevedono i casi di esclusione di accesso alle informazioni fornite nella presentazione dell'offerta, contenenti segreti tecnici e commerciali, salvo nel caso in cui l'accesso risulti indispensabile per la difesa in giudizio degli interessi giuridici del richiedente.¹³³

¹³² D.lgs.36/2013, art. 35, comma 4.

¹³³ Relazioni al Codice dei contratti pubblici, elaborato dal Consiglio di Stato, Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", Roma, 7 Dicembre 2022.

Conclusioni

Il presente studio ha voluto approfondire le varie tappe ed evoluzione del diritto di accesso e della trasparenza nel nostro ordinamento, dalla legge n.241/1990 che regola l'accesso documentale, al Decreto legislativo n.33/2013, che ha introdotto l'accesso civico, strumento che consente a qualsiasi cittadino di richiedere la pubblicazione dei documenti ed informazioni qualora sia stata omessa la loro pubblicazione da parte dell'amministrazione. Nel 2016, con il Decreto legislativo n.97/2016, viene introdotto l'accesso civico generalizzato (FOIA), che rappresenta un importante cambiamento in quanto permette ai cittadini di accedere ad informazioni ulteriori di quelli sottoposti all'obbligo di pubblicazione, nei limiti e nelle modalità previste dalla legge, riconoscendo il cittadino un vero e proprio "right to know". Con l'inserimento di tale istituto, si è attribuito un'estensione più ampia al principio di trasparenza, fondato sulla partecipazione della collettività e sulla conoscibilità dell'attività amministrativa. Tuttavia, non è stato operato da parte del legislatore un'adeguata integrazione e coordinamento con le disposizioni vigenti causando inevitabili sovrapposizioni normative e dubbi interpretativi circa la disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi. Anche nel settore degli appalti pubblici sono sorti, tra la giurisprudenza, orientamenti contrastanti circa l'applicazione dell'accesso civico generalizzato ai documenti delle procedure di affidamento. Tali conflitti sono stati risolti, in parte, dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. del 10 del 2020, che ha confermato l'applicabilità dello strumento del FOIA anche in tale settore, nel rispetto delle modalità e dei limiti previsti all'art. 5-bis del D.lgs. 33/2013. Nel nostro ordinamento, tuttavia, vi è ancora una resistenza all'applicazione di tale istituto, sia da parte degli stessi giudici che talvolta sembrano prediligere maggiormente l'accesso documentale, ma anche una limitazione sia procedurale, in quanto la normativa in materia non è sempre chiara ed esaustiva, sia una resistenza culturale. Sono dunque ancora necessari dei passi in avanti

dal punto legislativo per la realizzazione di una vera e propria trasparenza dell'agire amministrativo e la trasformazione della P.A. in una "casa di vetro".¹³⁴

¹³⁴ F. TURATI, Atti del Parlamento italiano, Camera dei Deputati, sessione 1904-1908, 17 giugno 1908.

Bibliografia

ANAC – Piano Nazionale 2013-2016, par. 2.1. “Definizione di corruzione”.

“Appalti pubblici – chiarimenti sul diritto di accesso agli atti e tutela della riservatezza”, [Bollettino di Legislazione Tecnica](#), 2022.

Bonomo A., *“Il rafforzamento della trasparenza nel nuovo codice degli appalti pubblici”*, in D. Garofalo (a cura di), *Appalti e lavoro. Disciplina pubblicistica*, Giappichelli, Torino, 2017, vol. 1, 227 – 24.

Biancardi S., *“Procedimento amministrativo e diritto di accesso. I recenti aggiornamenti legislativi e giurisprudenziali”*, Direzione scientifica di: E. D'Aristotile in www.pawbeb.it, 2014.

Caringella F., in *Compendio di diritto amministrativo*, Dike 2013.

Cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 5 giugno 2019, n. 3780, in www.giustizia-amministrativa.it.

Chieffi G., *“L'evoluzione normativa del diritto di accesso ai documenti amministrativi”*, *Diritto futuro*, 2020.

Cit. S. Cassese S., *“Maladministration e rimedi”*, in *Foro.it*, 1992, V, c.243, pp.2

Clarich M., *“Manuale di diritto amministrativo. Terza edizione”*, Il Mulino, 2017.

Colapietro C., *“La terza generazione della trasparenza amministrativa: dall'accesso documentale all'accesso generalizzato, passando per quello civico”*, Editoriale scientifica, 2016.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 02.04.2020 n. 10.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 02.04.2020 n. 10, par.11.6

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 02.04.2020 n. 10, §. 38.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 18.03.2021, n. 4, 18.1. e 18.2.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 25.09.2020 n. 19.

Consiglio di Stato, III, 26 ottobre 2018, n. 6083; 17 marzo 2017, n.1213.

Corrado A., *“La trasparenza negli appalti pubblici, tra obblighi di pubblicazione e pubblicità legale”*, in Federalismi.it, 2018.

Di Maria D., *“La trasparenza nel nuovo codice degli appalti: un notevole cambiamento”*, in *Ius & management*, Osservazioni sparse su diritto e management della P.A., 2023.

Direttiva 2016/943 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.

D.lgs. n.150/2009.

D.lgs. n.33/2013.

D.lgs.36/2013.

E. Pettazzoni, *“Trasparenza amministrativa e forme di accesso nelle procedure di gara”*, Stefanelli&Stefanelli studio legale, 2021.

Ex plurimis, Cons. St., sez. V, sent. n. 1115/2009

F. TURATI, Atti del Parlamento italiano, Camera dei Deputati, sessione 1904-1908, 17 giugno 1908.

Gastaldo V., *“Il diritto di accesso nel settore degli appalti pubblici e gli obblighi di trasparenza delle stazioni appaltanti”*, in *Urbanistica e Appalti*, 2014.

Gaspari F., *“Impugnabilità della ordinanza resa dal T.A.R. ai sensi dell'art. 116, comma 2, Codice del processo amministrativo”*, in *Il diritto amministrativo*, <https://www.ildirittoamministrativo.it/home>

Giuliano M., *“Come cambia il diritto di accesso nel nuovo codice degli appalti”*, in *4CLegal* <https://www.4clegal.com/settore-pubblico/cambia-diritto-accesso-nuovo-codice-appalti>, 2022.

Guccione C., *“Il nuovo Codice dei contratti pubblici in G.U.: le principali novità”*, in *Altalex.com*, 2023.

Jannone A., *Corruzione, frodi sociali e frodi aziendali*, FrancoAngeli, Milano, 2015.

Loré F., *“La trasparenza amministrativa, tra conoscibilità e tutela dei dati persona”*, in Federalism.it, 2021.

L. n.241/1990.

L. n.15/2009.

L. 27 dicembre 1985, n. 816.

Mattarella B.G., *“La Prevenzione della corruzione in Italia”*, in Giorn. dir. amm., 2013

Memeo A., *“La libertà di accesso alle informazioni come ausilio preventivo nella lotta alla corruzione”*, in Ratio Iuris, 2021.

Mirra V., *“Diritto d’accesso e attività contrattuale della pubblica amministrazione: la Plenaria risolve ogni dubbio?”*, in Giurisprudenza amministrativa, Urbanistica e appalti 5/2020.

“Nuovo Codice dei contratti pubblici D.lgs. n.36/2013 in Gazzetta Ufficiale: le novità principali”, in Sentenzeappalti.it, 2023.

Redazione, *“Accesso agli atti: cenni alla normativa e peculiarità della disciplina in materia di contratti pubblici”*, in Sentenzeappalti.it, 2022.

Pedaci A., *“Procedimento amministrativo, accesso e privacy”*, Edizioni giuridiche Simone, 2020.

Pocchia R., *“La trasparenza degli atti amministrativi, tra obbligo di pubblicità e tutela della privacy: l’ordinanza di ingiunzione del Garante privacy nei confronti della regione Lombardia (prov. n.296/2021)”*, in Amministrazione e contabilità dello Stato e degli Enti pubblici, 2021.

Relazioni al Codice dei contratti pubblici, elaborato dal Consiglio di Stato, Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell’articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante “Delega al Governo in materia di contratti pubblici”, Roma, 7 Dicembre 2022.

Sanino M., *“Commento al codice dei contratti pubblici”*, UTET, Torino, 2007.

Sarcone V., *“Dalla «casa di vetro» alla «home page»: la «trasparenza amministrativa» nella legge 15/2009 e nel suo decreto attuativo (passando per la legge n.69/2009)”*, in *Amministrativamente.it*, 2009.

Sisto S.M., *“L’importanza della trasparenza amministrativa nella prevenzione e nel contrasto alla corruzione”*, Edizioni scientifiche italiane, Autorità Nazionale Anticorruzione, 2021.

Spasiano M.R., *Trasparenza e qualità dell’azione amministrativa*, cit., 962.