

TRASPARENZA AMMINISTRATIVA E FORME DI ACCESSO nelle procedure di gara



SOMMARIO

INTRODUZIONE	4
Il principio di trasparenza nell'agire amministrativo	4
 1. LE DIVERSE MODALITÀ DEL DIRITTO DI ACCESSO	6
1.1 L'accesso "documentale" ex L.n. 241/1990	7
Natura dell'accesso documentale tra diritto soggettivo e interesse legittimo e i suoi presupposti	7
Limiti e differimento del diritto di accesso	10
L'accesso c.d. "difensivo" ai sensi dell'art. 24 co. 7 L.n. 241/1990	12
Le modalità d'esperibilità del diritto e i termini dell'accesso. L'art. 25 L.n. 241/1990	13
Il diniego e il ricorso giurisdizionale avverso	14
Il regolamento attuativo sull'accesso ai documenti amministrativi e sul funzionamento della commissione per l'accesso	15
1.2 L'accesso civico "semplice" ex D.Lgs. 33/2013	17
Natura e presupposti dell'accesso civico "semplice"	18
I documenti accessibili	18
I rimedi avverso la mancata pubblicazione dei documenti	20
1.3 L'accesso civico "generalizzato" ex D.Lgs. 33/2013 modificato dal D.Lgs. 97/2016	21
Natura dell'accesso civico "generalizzato"	21
I rimedi processuali al diniego di accesso e al silenzio	23
1.4 Tratti comuni e quelli differenziali tra le diverse forme di accesso	25
1.5 Diniego non legittimo e i rischi di condanna risarcitoria	27

SOMMARIO

2. LA DISCIPLINA DELL'ACCESSO NEL CODICE DEI CONTRATTI	29
2.1 L'art. 53 co. 1 D.Lgs. 50/2016	29
La legittimazione processuale attiva e passiva e i presupposti.....	30
I limiti e il differimento del diritto di accesso	32
Il diniego d'accesso in relazione alla presenza di "segreti industriali e commerciali" e la "stretta indispensabilità"	34
 3. LA GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI ACCESSO CIVICO GENERALIZZATO NEL CODICE DEI CONTRATTI	 38
3.1 I contrasti giurisprudenziali	38
3.2 Il recente rinvio all'Adunanza Plenaria	44
3.3 La recente pronuncia della Corte di Giustizia Europea C-927/ 19 del 7 settembre 2021	57
 CONCLUSIONI.....	 60

INTRODUZIONE

Il principio di trasparenza nell'agire amministrativo

Il termine trasparenza deriva dal latino *trans* parere e significa "far apparire", "lasciar vedere" e "lasciar conoscere".

Secondo lo spirito di tale principio, l'Amministrazione Pubblica dovrebbe assumere l'aspetto metaforico di una casa di vetro, in quanto dovrebbe "mettere in piazza" la sua attività e organizzazione per consentire al cittadino di prendere contezza delle attività da lei svolte ogni volta che questo lo ritenga utile, o meglio ancora, ogni volta che abbia voglia di guardare "all'interno" dell'operato della Pubblica Amministrazione senza vincoli né limiti (all'infuori di quelli previsti dalla norma) e con le garanzie da questa accordate allo stesso cittadino.

La trasparenza si traduce per il cittadino non solo in un mezzo per consentire un controllo sul corretto esercizio di un potere pubblico, ma anche come diritto a comprendere l'operare delle Pubbliche Amministrazioni, ossia ad elaborare una interpretazione personale della realtà amministrativa.

Il **principio di trasparenza amministrativa**, introdotto dalla Legge n. 15/2005¹, stabilisce infatti l'obbligo per tutte le Pubbliche Amministrazioni di rendere visibile e controllabile dall'esterno il proprio operato; in sostanza, contribuisce a rendere conoscibile l'azione amministrativa.

Il principio in commento è, dunque, una sicura espressione di quello democratico sancito dalla Carta Costituzionale che è alla base della sovranità popolare.

Assieme al principio di difesa e alla dialettica democratica, la trasparenza amministrativa ispira la **Legge n. 241/1990** (come modificata dalla Legge n. 15/2005) sulle *Norme del procedimento amministrativo*, nonché il **D.Lgs.33/2013**, di *Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione*

¹ Legge di "Modifiche ed integrazioni alla Legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa".

di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, norme grazie alle quali ciascun soggetto persona fisica o giuridica può conoscere con precisione i contenuti dell'azione della Pubblica Amministrazione.

Il principio di trasparenza si rinviene anche in svariate altre normative, tra cui quella sugli appalti pubblici, ove viene imposto ex lege un adeguato livello di pubblicità e, a completamento, il controllo sull'imparzialità della procedura di aggiudicazione.

La c.d. trasparenza amministrativa deve dunque essere interpretata alla stregua di un servizio pubblico o di un'attività di produzione di beni e di servizi, indirizzata istituzionalmente ed in via immediata al soddisfacimento di bisogni collettivi e sottoposta, per ragioni di interesse generale, a restrizioni disposte dall'Autorità.

È un principio in grado di imporre alle singole Amministrazioni un dovere specifico di cooperazione con il privato, proprio al fine di agevolare quest'ultimo nell'individuazione degli strumenti forniti dal vigente ordinamento giuridico per la tutela delle proprie posizioni soggettive, ritenute lese.

1. LE DIVERSE MODALITÀ DEL DIRITTO DI ACCESSO

Nell'intento di attuare compiutamente il principio di trasparenza che sovrintende all'intera attività e organizzazione della Pubblica Amministrazione, viene necessariamente in rilievo il diritto di accesso, istituto di fondamentale rilevanza nel diritto amministrativo che è stato oggetto di una profonda evoluzione normativa volta ad estenderne sempre più i confini.

In via di prima approssimazione, il diritto di accesso può essere definito come la facoltà di accedere a dati, atti e documenti amministrativi per finalità variabili a seconda della tipologia di accesso che di volta in volta viene in rilievo.

In particolare, come meglio si illustrerà nel prosieguo, il sistema pubblicistico interno, inizialmente improntato ad una logica di sostanziale "segretezza" dell'agere amministrativo, ha dapprima disciplinato la facoltà di accesso agli atti amministrativi quale mezzo strumentale alla tutela di posizioni differenziate e qualificate dei singoli salvo poi successivamente, con l'elaborazione degli istituti dell'accesso civico e generalizzato, aprire la strada ad un vero e proprio "controllo generalizzato" della collettività sull'intera attività dell'Amministrazione.

Senonché, a fronte di detta evoluzione legislativa, gli interpreti sono stati chiamati ad individuare i confini tra le varie figure di accesso previste nel nostro ordinamento e a risolvere una serie di questioni interpretative che esse pongono e che in questa sede si cercherà di sviscerare.

Il nostro sistema prevede in via generale tre tipologie di accesso, cui devono aggiungersi le ipotesi speciali previste da discipline di settore.

Quanto alle fattispecie generali, secondo una tripartizione ben illustrata dall'ANAC nelle "Linee Guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del D.Lgs. 33/2013" del 28 dicembre 2016, si possono distinguere:

- l'**accesso comune o "documentale"** ex artt. 22 e ss. L.n. 241/1990;
- l'**accesso civico "semplice"** di cui all'art. 5 co. 1 D.Lgs. 33/2013;

- l'**accesso civico "generalizzato"** ex art. 5 co. 2 D.Lgs. 33/2013.

Quanto invece alle ipotesi previste dalla normativa di settore, si richiamano, a mero titolo esemplificativo e non esaustivo:

- gli accessi previsti agli artt. 10 e 43 del T.U.E.L.;
- l'accesso in materia ambientale;
- l'accesso regolato dall'art. 53 D.Lgs. 50/2016 in tema di atti di gara, che sarà oggetto di approfondimento nel secondo capitolo.

1.1 L'accesso "documentale" ex L.n. 241/1990

Natura dell'accesso documentale tra diritto soggettivo e interesse legittimo e i suoi presupposti

Iniziando l'analisi dalle fattispecie generali di accesso, l'**accesso comune o "documentale"**, è l'istituto sicuramente più risalente.

Esso è disciplinato dagli artt. 22 e ss. della L. n. 241/1990 e si pone in netta contrapposizione con la logica di segretezza cui era in passato improntata l'attività amministrativa.

Ciò posto, occorre prima di tutto illustrare la dialettica dottrinale e giurisprudenziale circa la natura giuridica del diritto di accesso comune.

Sebbene infatti l'art. 22 della L.n. 241/1990 discorra espressamente di "diritto", secondo un primo orientamento dottrinale tale espressione sarebbe stata utilizzata in senso a-tecnico, configurandosi in realtà un vero e proprio interesse legittimo.

Tale conclusione è stata sostenuta sulla base di plurimi argomenti: in primo luogo, si è rilevato come la Pubblica Amministrazione possa concedere o meno l'accesso sulla base di una sua valutazione discrezionale; in seconda battuta, si è osservato che la giurisdizione in materia è stata attribuita al giudice amministrativo, senza che in passato fosse specificato il suo carattere esclusivo; infine, la previsione di un termine decadenziale di impugnazione

del provvedimento amministrativo che si pronuncia sull'istanza conoscitiva sembra deporre nel senso della configurabilità di un interesse legittimo.

Tale orientamento aveva peraltro ottenuto l'autorevole avallo dell'Adunanza Plenaria nel 1999².

Un altro filone interpretativo, invece, riteneva che l'art. 22 avesse introdotto un diritto soggettivo³. Tale tesi era sostenuta facendo leva, oltre che sull'argomento letterale, anche sul fatto che la Pubblica Amministrazione non godesse di alcun potere discrezionale nel decidere sull'istanza di accesso, dovendosi solo limitarsi a verificare i presupposti previsti dalla legge ai fini dell'accoglimento della relativa richiesta.

Siffatta conclusione trovava poi conferma nell'espressa qualificazione della giurisdizione amministrativa come esclusiva sul diritto di accesso, operata dalla riforma del 2005 e confermata dal C.P.A.

Il contrasto interpretativo è stato infine risolto dall'Adunanza Plenaria nel 2006, la quale ha sostenuto ***“l'inutilità pratica di indagare la natura giuridica intrinseca al diritto di accesso, trattandosi infatti di una posizione meramente strumentale rispetto alla situazione soggettiva per la cui tutela esso è previsto”***⁴.

Per quanto attiene invece ai presupposti dell'istituto, il diritto di accesso comune ai documenti amministrativi è riconosciuto ai titolari di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento del quale è chiesta l'ostensione⁵.

Pertanto, alla luce dell'art. 22 co. 1 lett. b) L.n. 241/1990, la facoltà di accedere ai documenti detenuti dalla Pubblica Amministrazione non è attribuita al *quisque de populo*, ma unicamente ai soggetti titolari di una posizione differenziata e collegata al documento di cui si chiede l'ostensione.

Non è quindi consentito un accesso al solo fine di svolgere un controllo generalizzato

2 Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria del 24.06.1999, Decisione n. 16.

3 In tal senso, Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 1969/2004, n. 5034/2003, sez. VI, sent. n. 1679/2005 e n. 2938/2003.

4 Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria del 18.04.2006, Decisione n. 6.

5 Art. 22 co.1 lett. b) L.n. 241/1990.

sull'operato dell'Amministrazione, come del resto confermato *expressis verbis* dallo stesso art. 24 co. 3 della L.n. 241/1990⁶.

La logica è esattamente opposta a quella dell'accesso civico generalizzato, essendo quest'ultimo, come vedremo, finalizzato a consentire a chiunque un controllo diffuso sull'operato dell'Amministrazione (cap. I paragrafo 3).

La necessaria presenza dei suddetti requisiti legittimanti trae con sé, quale logica conseguenza, l'obbligo in capo al privato di **motivare la propria istanza** in relazione ai presupposti previsti dalla normativa indicata.

Occorre poi rilevare che il diritto di accesso in esame è consentito in relazione **a tutti i documenti detenuti da una Pubblica Amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse**, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale.

Oggetto dell'accesso è dunque il c.d. "*documento amministrativo*" intendendosi tale ogni rappresentazione del contenuto di atti detenuti da una Pubblica Amministrazione concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale.

Data l'ampia formulazione della norma, vanno ricompresi nella nozione di documento amministrativo anche gli atti formati dai soggetti privati, purché collegati con lo svolgimento dell'attività amministrativa. La documentazione richiesta con istanza di accesso consistente, ad esempio, nel contratto di appalto, nella copia degli stati di avanzamento lavori, nei certificati e mandati di pagamento emessi in favore dell'appaltatrice, sebbene aventi natura privatistica, rientra nella nozione di "*documento amministrativo*", ai sensi dell'art. 22 comma 1 lett. d), l. n. 241 del 1990, in quanto adottati da un ente pubblico che persegue le proprie finalità pubblicistiche anche attraverso strumenti di diritto privato i cui atti sono soggetti all'accesso e, quindi, ostensibili al privato⁷.

La giurisprudenza amministrativa ha via via specificato e ampliato le singole tipologie di documenti amministrativi accessibili, fino a ritenere che la natura di documento debba

⁶ Art. 24 co. 3 L.n. 241/1990: "*Non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle Pubbliche Amministrazioni*".

⁷ in tal senso, TAR Lazio, Roma, sez. III, sent. n. 8639/2013.

essere riconosciuta anche ai video, per espressa inclusione tra i documenti accessibili ai sensi dell'art. 22 comma 1, lett. d) L.n. 241/1990 di *"ogni rappresentazione grafica, foto, cinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una p.a. e concernenti attività di pubblico interesse"*⁸.

Preme infine evidenziare che l'accesso può essere invocato solo al fine di ottenere il rilascio di copie di **documenti preesistenti**, mentre non può essere utilizzato per indurre o costringere l'Amministrazione a formare atti nuovi rispetto ai documenti amministrativi già esistenti, ovvero a compiere un'attività di elaborazione di dati e documenti⁹.

Tuttavia, nel caso in cui la P.A. opponga il proprio diniego per il fatto che la documentazione richiesta non è più disponibile, la giurisprudenza si è espressa ritenendo che *"la circostanza dell'acclarata materiale indisponibilità della documentazione, non esclude la legittimazione passiva dell'Ente rispetto alla domanda di accesso, nel caso in cui si tratti dell'ente presso il quale si è 'formato' l'atto"*¹⁰.

Limiti e differimento del diritto di accesso

Molto articolata è la disciplina relativa ai **limiti al diritto di accesso documentale**: è infatti evidente che l'interesse sotteso all'istanza di accesso al documento amministrativo potrebbe entrare in conflitto con altri interessi con esso antagonisti.

Tale disciplina è prevista dall'art. 24 della L.n. 241/1990. La norma, al primo comma, prevede **alcune esclusioni assolute**: si fa riferimento ai documenti coperti da segreto di Stato ai sensi della legge n. 801 del 24 ottobre 1977, 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; ai documenti dei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano; all'attività della pubblica amministrazione

⁸ in tal senso TAR Campania, Napoli, sez. VI, sent. n. 17/2013.

⁹ in tal senso TAR Umbria, sez. I, sent. n. 242/2013.

¹⁰ in tal senso Consiglio di Stato, sez. III, sent. n. 5020/2017.

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; ai procedimenti selettivi, nei confronti dei documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psico-attitudinale relativi a terzi.

L'assolutezza del divieto è però temperata dalla previsione di cui al co. 5 dello stesso articolo 24, per cui i documenti contenenti informazioni connesse agli interessi di cui al co. 1 sono considerati segreti solo nell'ambito e nei limiti della connessione di essi con le esigenze di segretezza, cioè solo nella parte in cui l'ostensione di essi possa pregiudicare gli interessi sottesi ai divieti sopra indicati.

Vi è quindi un'apertura all'accesso anche a fronte di tali eccezioni assolute; lo stesso temperamento, come si vedrà, non è invece contemplato per l'accesso civico generalizzato.

Al co. 6 l'art. 24 prevede invece esclusioni relative, in quanto elenca i casi in cui la P.A. può prevedere la sottrazione all'accesso di documenti amministrativi.

Lo stesso art. 24 stabilisce poi che i soggetti di cui all'art. 23, e cioè tutte le P.A., hanno facoltà di **differire l'accesso** ai documenti richiesti finché la conoscenza di essi possa impedire o gravemente ostacolare lo svolgimento dell'azione amministrativa¹¹.

In altri termini, il diritto di accesso ai documenti amministrativi, è un istituto che va unitariamente considerato, sia che trovi collocazione nel corso di un procedimento amministrativo in itinere, sia che invece inerisca ad atti, anche interni, relativi a procedimenti già portati a compimento da parte delle pubbliche amministrazioni.

La questione sicuramente più complessa in tema di limitazioni del diritto all'ostensione della documentazione amministrativa, e che ha interessato maggiormente la dottrina, è senza dubbio quella relativa al **rapporto tra diritto di accesso e diritto alla riservatezza**: tematica affrontata in modo piuttosto articolato, dall'art. 24 co. 7 L.n. 241/1990, in forza del quale *il diritto alla riservatezza degli interessati al dato di cui si chiede l'ostensione soccombe qualora la conoscenza di essi sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici*.

Quindi, l'**accesso c.d. difensivo** di cui sopra, in linea generale, prevale sull'esigenza di

¹¹ Art. 24 co. 4 L.n. 241/1990.

riservatezza. Tuttavia, laddove vengano in rilievo dati sensibili o giudiziari, l'accesso è consentito solo nei limiti in cui sia strettamente indispensabile.

Occorre allora svolgere una comparazione tra l'interesse difensivo e il contro-interesse del titolare del dato per accertare la possibilità di concedere o meno l'ostensione della documentazione richiesta.

L'accesso c.d. "difensivo" ai sensi dell'art. 24 co. 7 L.n. 241/1990

In giurisprudenza, la nozione di accesso "difensivo" è sempre stata interpretata in modo molto estensivo, ricomprendendo nel concetto di difesa le ipotesi di giudizio attuale o potenziale, i procedimenti amministrativi, i procedimenti disciplinari e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica¹².

La medesima norma, tuttavia, come successivamente modificata tra il 2001 e il 2005 (art. 22 L.n. 45/2001, art. 176 co.1 D.Lgs. n. 196/2003 e art. 16 L.n. 15/2005), specifica con molta chiarezza come non bastino esigenze di difesa genericamente enunciate per garantire l'accesso, dovendo quest'ultimo corrispondere ad una effettiva necessità di tutela di interessi che si assumono lesi ed ammettendolo solo nei limiti in cui sia strettamente indispensabile la conoscenza di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari.

Ciò postula evidentemente che, al momento della formulazione dell'istanza, debba sussistere una **lesione concreta ed attuale degli interessi giuridici**, non consentendo al richiedente di avviare un'indagine meramente esplorativa, alla ricerca di tale specifico vizio senza averne alcuna prova.

Pertanto, nell'attuale quadro del bilanciamento tra il diritto alla tutela della riservatezza ed il diritto all'esercizio del c.d. "accesso difensivo", risulta necessario l'accertamento dell'eventuale **nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate**¹³.

¹² nel senso di una interpretazione estensiva del diritto di accesso c.d. difensivo: TAR Lazio, Roma, sez. I, sent. n. 10738/2017 e sent. n. 5583/2018; Cons. di Stato, sent. n. 3431/2016.

¹³ Cons. di Stato, sez. VI sent. n. 1692/2017 e sez. III, sent. n. 6083/2018.

Qualora invece vengano in rilievo dati sensibilissimi, quali quelli idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale, si ritiene che l'accesso prevalga unicamente se volto a tutelare interessi di rango pari o superiore a quello di cui è titolare il soggetto cui i dati si riferiscono.

In questo caso, dunque, la comparazione non è tra diritto di difesa e interesse alla riservatezza del dato, ma tra quest'ultimo e il diritto che si intende tutelare con l'accesso c.d. "*difensivo*".

Le modalità d'esperibilità del diritto e i termini dell'accesso. L'art. 25 L.n. 241/1990

Ai sensi dell'art. 25 L.n. 241/1990, il diritto di accesso si esercita mediante esame ed estrazione di copia dei documenti amministrativi, nei modi e con i limiti indicati dalla stessa Legge.

L'esame dei documenti è gratuito; il rilascio di copia è subordinato soltanto al rimborso del costo di riproduzione, salve le disposizioni vigenti in materia di bollo, nonché i diritti di ricerca e di visura.

Il rifiuto, così come il differimento e le limitazioni dell'accesso, sono ammessi nei già visti casi e limiti stabiliti dall'art. 24 e debbono essere motivati.

Decorsi inutilmente trenta giorni dalla richiesta, questa si intende respinta.

In caso di diniego dell'accesso, espresso o tacito, o di differimento dello stesso, il richiedente può presentare **ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale** ai sensi del comma 5, ovvero **chiedere**, nello stesso termine e nei confronti degli atti delle amministrazioni comunali, provinciali e regionali, **al difensore civico competente per ambito territoriale**, ove costituito, che **venga riesaminata la suddetta determinazione**.

Qualora tale organo non sia stato istituito, la competenza è attribuita al **difensore civico competente per l'ambito territoriale immediatamente superiore**.

Nei confronti degli atti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato tale richiesta è inoltrata presso la **Commissione per l'accesso di cui all'articolo 27** nonché presso

l'amministrazione resistente.

Il difensore civico o la Commissione per l'accesso si pronunciano entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza. Scaduto infruttuosamente tale termine, il ricorso si intende respinto.

Se il difensore civico o la Commissione per l'accesso ritengono illegittimo il diniego o il differimento, ne informano il richiedente e lo comunicano all'autorità disponente. Se questa non emana il provvedimento confermativo motivato entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione del difensore civico o della Commissione, l'accesso è consentito.

Qualora il richiedente l'accesso si sia rivolto al difensore civico o alla Commissione, il termine di cui all' art. 25 comma 5 per adire l'autorità giudiziaria amministrativa, decorre dalla data di ricevimento da parte del richiedente dell'esito della sua istanza.

Se l'accesso è negato o differito per motivi inerenti ai dati personali che si riferiscono a soggetti terzi, la Commissione o il difensore civico provvedono sentito il Garante per la protezione dei dati personali, il quale si pronuncia entro il termine di dieci giorni dalla richiesta, decorso inutilmente il quale il parere si intende reso.

Il diniego e il ricorso giurisdizionale avverso

In caso di diniego dell'accesso, espresso o tacito, o nei casi di differimento dello stesso, se l'istante decide di non ricorrere all'audizione del difensore civico ovvero della Commissione per l'accesso, come anticipato, potrà presentare **ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale**.

Le controversie relative all'accesso ai documenti amministrativi sono attribuite difatti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo¹⁴.

Si applica una procedura abbreviata con fissazione dell'udienza in camera di consiglio; per il resto, il giudizio è sottoposto alla generale disciplina del processo amministrativo e il ricorso dovrà essere notificato sia all'amministrazione che ai soggetti controinteressati,

¹⁴ Art. 25 co. 5 L.n. 241/1990.

questi ultimi devono individuarsi tra i soggetti determinati cui fanno riferimento i documenti richiesti e che potrebbero vedere lesa la loro posizione giuridica corrispondente alla tutela della propria riservatezza.

Il Tribunale Amministrativo Regionale decide in camera di consiglio entro trenta giorni dalla scadenza del termine per il deposito del ricorso, uditi i difensori delle parti che ne abbiano fatto richiesta.

La decisione del tribunale è appellabile, entro trenta giorni dalla notifica della sentenza, al Consiglio di Stato, il quale decide con le medesime modalità e negli stessi termini.

Il giudice amministrativo, se sussistono i presupposti, può ordinare l'esibizione dei documenti richiesti.

Nei giudizi in materia di accesso, le parti possono stare in giudizio personalmente senza l'assistenza del difensore. L'amministrazione può essere rappresentata e difesa da un proprio dipendente, purché in possesso della qualifica di dirigente, autorizzato dal rappresentante legale dell'ente.

Il regolamento attuativo sull'accesso ai documenti amministrativi e sul funzionamento della commissione per l'accesso

L'emanazione del Regolamento n. 184 del 2006¹⁵ ha reso possibile sia il concreto funzionamento dell'istituto dell'accesso, sia risolto talune delle questioni che la legge aveva lasciato precedentemente in sospeso relativamente al profilo funzionale della Commissione per l'accesso.

Il D.P.R. 184/2006 ha quindi completato a livello regolamentare la riforma per l'accesso ai documenti amministrativi introdotta dalla L.n. 15/2005.

Per quanto concerne la Commissione per l'accesso, istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri nel 1991 a seguito dell'entrata in vigore della L.n. 241/1990, tale

¹⁵ Decreto del Presidente della Repubblica 12 aprile 2006, n. 184 Regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi

organo possiede due importanti profili funzionali: quello di vigilanza e quello giustiziale.

Con la riforma del 2005 la Commissione ha mantenuto il compito fondamentale di vigilare *“affinché sia attuato il principio di piena conoscibilità dell’attività della pubblica amministrazione”*.

Mentre la funzione risolutiva dei conflitti in materia di accesso in capo alla Commissione riguarda soltanto le amministrazioni dello Stato centrali e periferiche, quella di vigilanza è esercitata nei confronti di tutte le Pubbliche Amministrazioni.

La corrispondente tutela contro diniego o differimento dell’accesso da parte di comuni, province e regioni spetta invece al difensore civico territorialmente.

Per consentire alla Commissione di svolgere la funzione di vigilanza, il legislatore le attribuisce una serie di poteri tra i quali vi sono: poteri ispettivi, conservazione dell’archivio degli atti adottati gli enti pubblici, potere di controllo ex art. 1 D.P.R. 184/2006, predisposizione della relazione annuale sulla trasparenza.

Da un punto di vista puramente formale il D.P.R. 184/2006 prevede che il ricorso alla Commissione per l’accesso debba contenere: le generalità del ricorrente, la sommaria esposizione dell’interesse al ricorso, la sommaria esposizione dei fatti, l’indicazione dell’indirizzo al quale dovranno pervenire, anche a mezzo fax o per via telematica, le decisioni della Commissione.

Ai sensi del comma 4 dell’articolo 12, inoltre, al ricorso devono essere allegati il provvedimento impugnato e le ricevute che attestino l’avvenuta spedizione, mediante raccomandata con avviso di ricevimento, di copia del ricorso ai controinteressati. L’inosservanza di tali requisiti comporta quale conseguenza diretta l’inammissibilità del ricorso.

Lo stesso art. 12 del D.P.R. 184 al comma 6 prevede che le sedute, non pubbliche, della Commissione si considerino valide con la presenza di almeno sette su dodici componenti totali, che la Commissione deliberi a maggioranza dei presenti e che debba pronunciarsi entro trenta giorni dalla presentazione del ricorso o dal decorso del termine per le controdeduzioni dei controinteressati.

Al termine della seduta, la decisione della Commissione deve essere comunicata alle parti

entro trenta giorni. L'articolo 7 del regolamento interno della Commissione prevede poi che essa possa comunicare immediatamente alle parti il solo dispositivo della decisione, riservandosi di comunicare la relativa motivazione nei venti giorni successivi.

Il legislatore italiano, così facendo ha introdotto una forma di tutela amministrativa di natura facoltativa; infatti, il soggetto al quale è stato negato l'accesso (da Pubbliche Amministrazioni dello Stato) può scegliere di ricorrere alla Commissione senza precludersi la possibilità di esercitare l'azione giurisdizionale.

L'art. 25, comma 4, L.n. 241/1990 stabilisce a tal proposito che la proposizione del ricorso alla Commissione sospende i termini per il ricorso al Tar fino alla data di ricevimento della decisione della Commissione stessa.

Rispetto a quello giurisdizionale, nel ricorso amministrativo il ricorrente non deve corrispondere le spese di giustizia, che per i ricorsi in materia di accesso ammontano ad € 250. Inoltre, l'interessato ha il potere di presentare ricorso a mezzo fax o per via telematica e riceve la decisione mediante medesima tecnologia.

Allo stesso tempo però la Commissione **non garantisce gli stessi requisiti di imparzialità del Giudice Amministrativo** ed è dotata di poteri decisionali più deboli e limitati rispetto a quelli del G.A. La decisione della Commissione in quanto amministrativa è insuscettibile di essere oggetto di un giudizio di ottemperanza, aspetto sottolineato anche dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, che ha infatti negato la possibilità di ricorrervi per rendere eseguibili le decisioni del ricorso straordinario.

Dall'altro lato, il ricorso giurisdizionale innanzi al Tar ex articolo 25, comma 5, L.n. 241/1990, consente invece di *"ottenere una decisione dotata dell'esecutorietà necessaria a garantire la soddisfazione del diritto di accesso"*.

Spetta quindi solo al cittadino ponderare i pro e i contro delle due procedure prima di decidere quale *iter* intraprendere.

1.2 L'accesso civico "semplice" ex D.Lgs. 33/2013

Natura e presupposti dell'accesso civico "semplice"

Quanto alla seconda tipologia generale di accesso, essa consiste nell'accesso civico "semplice", introdotto nel 2013 in attuazione della c.d. Legge Severino e regolato all'art. 5 co. 1 D.Lgs. 33/2013.

A differenza dell'accesso documentale, esso non richiede la ricorrenza dei requisiti di legittimazione prescritti dall'art. 22 L.n. 241/1990, e da esso si distingue anche per il suo limitato oggetto, concernente unicamente **gli atti, i documenti e le informazioni oggetto di un obbligo di pubblicazione da parte dell'Amministrazione**.

Costituisce quindi un rimedio alla mancata osservanza degli obblighi di pubblicazione imposti dalla legge, sovrapponendo al dovere di pubblicazione il diritto del privato di accedere ai documenti, dati e informazioni interessati dall'inadempienza.

Così, il rimedio di cui all'art. 5 co. 1 D.Lgs. 33/2013 può essere esperito al fine di sollecitare l'Amministrazione alla pubblicazione di un atto che ha omissso di pubblicare, nonostante sulla stessa gravasse un obbligo in tal senso.

I documenti accessibili

I documenti sottoposti a pubblicazione obbligatoria, e quindi accessibili in caso di mancata pubblicazione, **sono quelli specificati nei capi II, III, IV e V del medesimo Decreto n. 33/2013** e pubblicati nei siti istituzionali delle Amministrazioni stesse, con diritto di chiunque di accedervi, in via diretta ed immediata, senza autenticazione e identificazione.

La tipologia più ampia di obblighi disciplinati nel Decreto riguarda la pubblicazione di informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni (articoli 13-28).

Vi rientrano non solo i dati relativi all'articolazione degli uffici, con le relative competenze e risorse a disposizione e tutte le informazioni sui riferimenti utili al cittadino che intenda rivolgersi per qualsiasi richiesta inerente i compiti istituzionali, ma anche: i documenti e le informazioni relativi ai componenti degli organi di indirizzo politico, di livello statale,

regionale e locale (atto di nomina, curriculum, compensi, assunzione di altre cariche, ecc.); le informazioni, tra cui i compensi percepiti e i dati patrimoniali, relative ai titolari di incarichi amministrativi di vertice e di incarichi dirigenziali a qualsiasi titolo conferiti, nonché di collaborazione e consulenza; i dati relativi alla dotazione organica, al costo del personale a tempo indeterminato e i dati sul personale con altre tipologie contrattuali, nonché gli incarichi conferiti ai dipendenti pubblici; i bandi di concorso per il reclutamento del personale, i dati relativi all'ammontare complessivo dei premi collegati alla valutazione della performance stanziati e l'ammontare dei premi effettivamente distribuiti; i riferimenti necessari per la consultazione dei contratti e accordi collettivi nazionali che si applicano alla P.A. di riferimento, nonché le eventuali interpretazioni autentiche; i dati relativi agli enti pubblici vigilati, agli enti di diritto privato in controllo pubblico e alle partecipazioni in società di diritto privato; gli elenchi dei provvedimenti adottati, con particolare riferimento ai provvedimenti finali dei procedimenti di autorizzazione o concessione; scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi; concorsi e prove selettive per l'assunzione del personale e progressioni di carriera; accordi stipulati dall'amministrazione con soggetti privati o con altre amministrazioni pubbliche; l'elenco delle tipologie di controllo a cui sono assoggettate le imprese; informazioni relative alla concessione delle sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari alle imprese, e comunque di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati; i rendiconti dei gruppi consiliari regionali e provinciali.

Un secondo gruppo di pubblicazioni obbligatorie riguarda l'uso delle risorse pubbliche (articoli 29-31) e comprende la pubblicità dei dati relativi al bilancio di previsione e a quello consuntivo, nonché le informazioni degli immobili posseduti e i dati relativi ai risultati del controllo amministrativo-contabile.

Per garantire il buon andamento delle amministrazioni, il decreto riordina altresì le disposizioni relative ad obblighi concernenti le prestazioni offerte e i servizi erogati (articoli 32-36). Rientra in questa tipologia la pubblicazione di: carta dei servizi e standard di qualità; tempi medi di pagamento relativi agli acquisiti di beni, servizi e forniture; l'elenco degli oneri informativi gravanti sui cittadini e sulle imprese; i dati relativi alle tipologie di procedimento di competenza di ciascuna amministrazione.

L'elenco degli obblighi di pubblicazione è, infine, completato da alcune disposizioni che riguardano settori speciali (articoli 37-42).

I rimedi avverso la mancata pubblicazione dei documenti

In riscontro all'istanza di accesso civico per mancata pubblicazione, la P.A. dovrà procedere alla pubblicazione degli atti e delle informazioni richieste entro trenta giorni e contestualmente dovrà trasmetterli al richiedente o in alternativa potrà comunicare al medesimo l'avvenuta pubblicazione e indicare il collegamento ipertestuale a quanto domandato. Se invece il documento, l'informazione o il dato richiesti risultino già pubblicati ai sensi della legislazione vigente, sarà sufficiente segnalare al richiedente il relativo collegamento ipertestuale.

Nei casi di ritardo o mancata risposta, l'istante potrà rivolgersi al **titolare del potere sostitutivo** ai sensi dell'art. 2, co. 9 bis L.n. 241/90 e ss.mm.ii.

Ad ogni modo, per il noto brocardo latino "*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*", la pubblicazione dovrà essere circoscritta ai soli documenti menzionati nel Decreto (artt. 13 e ss.), anche qui previo bilanciamento tra interessi contrapposti meritevoli di tutela, in quanto se è vero che la trasparenza e la diffusione delle informazioni rappresentano aspetti ineludibili, è altrettanto rilevante garantire un elevato livello di protezione dei dati personali, soprattutto quando si tratta di dati identificativi dei destinatari dei provvedimenti relativamente a informazioni sullo stato di salute o sulla condizione economica, ovvero in tutti i casi in cui possono essere diffusi dati non pertinenti rispetto alle finalità perseguite dal provvedimento in questione.

La stessa Autorità Garante della Privacy ha più volte ribadito che l'utilizzo degli strumenti informatici come canale privilegiato (se non esclusivo) delle informazioni da parte della Pubblica Amministrazione potrebbe rappresentare un pericolo per la tutela dei dati personali se non accompagnato da idonee cautele, come il rispetto del principio di pertinenza e di indispensabilità dei dati e l'utilizzo di siti istituzionali, secondo modalità che rendano rintracciabili le informazioni personali soltanto con motori di ricerca interni.

A tal fine, le nuove «*Linee guida in materia di trattamento di dati personali, contenuti anche in atti e documenti amministrativi, effettuato per finalità di pubblicità e trasparenza sul web da soggetti pubblici e da altri enti obbligati*», adottate il 15 maggio 2014 dal Garante per la Privacy, ai sensi dell'art. 154, co. 1, lett. h) del Codice, indicano apposite cautele proprio in relazione alle ipotesi di diffusione di dati personali mediante la pubblicazione

sui siti web ex D.Lgs. n. 33/2013 da parte di organismi pubblici.

1.3 L'accesso civico "generalizzato" ex D.Lgs. 33/2013 modificato dal D.Lgs. 97/2016

Natura dell'accesso civico "generalizzato"

Anche l'accesso civico "generalizzato" trova la propria disciplina all'art. 5 del D.Lgs. 33/2013, ma questa volta al co. 2, ed è stato introdotto dal legislatore del 2016 col D.Lgs. 97/2016¹⁶, in attuazione della c.d. Legge Madia.

Si tratta del segno maggiormente tangibile dell'evoluzione in senso estensivo del principio di trasparenza e del correlato diritto di accesso. Questo viene infatti considerato non più un mezzo strumentale alla tutela di una posizione differenziata (come avviene nell'ipotesi ordinaria di accesso documentale), ma uno strumento a disposizione del *quisque de populo* al fine di esercitare **un controllo diffuso e democratico sull'azione amministrativa**, senza necessità di dover dimostrare il possesso dei requisiti legittimanti prescritti dall'art. 22 della L.n. 241/1990 e anche al solo fine di un generico controllo sull'agere amministrativo.

L'art. 5 co. 2 del D.Lgs. 33/2013, infatti, afferma che *"il diritto di accesso generalizzato è esercitato allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico"*.

Si tratta allora di una disposizione in evidente antitesi con l'art. 24 co. 3 L.n. 241/1990 in tema di accesso comune, il quale, invece, non ammette istanze preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle Pubbliche Amministrazioni.

Tale conclusione è per la verità temperata dalla giurisprudenza amministrativa, la quale sottolinea che le finalità per le quali può essere richiesto l'accesso in questione, seppure

¹⁶ "Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche".

molto ampie, svolgono comunque una funzione delimitativa delle possibili istanze, le quali non possono perseguire scopi meramente emulativi o dilatori.

Del resto, si tratta, a ben vedere, di una precisazione in linea con l'orientamento prevalente, che ammette la vigenza nel nostro ordinamento di un generale **principio di divieto di abuso del diritto**.

Quanto alla natura giuridica, pare non si possa dubitare che venga qui in rilievo un'azione popolare esperita nell'esercizio di un diritto pubblico di libertà, riconosciuto a tutti i consociati nell'ottica di una partecipazione democratica alla gestione della *res publica*.

Limiti ed eccezioni del diritto di accesso "civico generalizzato"

L'estrema ampiezza dell'ambito applicativo dell'accesso civico generalizzato è temperata dalla previsione di puntuali esclusioni, indicate all'art. 5 bis del D.Lgs. 33/2013, anch'esso introdotte in attuazione della riforma Madia del 2016.

Il regime delle eccezioni è stato chiarito dalle stesse Linee guida ANAC 2016 attuative dell'art. 5 bis co. 6 del D.Lgs 33/2013¹⁷. In particolare, l'Autorità ha rilevato che l'art. 5 bis prevede **esclusioni relative** all'accesso generalizzato ai suoi commi 1 e 2 ed **esclusioni assolute** dello stesso al comma 3.

Quanto alle prime (esclusioni relative di cui ai co. 1 e 2), ad avviso dell'ANAC, spetta all'Amministrazione svolgere una comparazione tra gli interessi pubblici o privati sottesi alle citate esclusioni con l'interesse del richiedente all'ostensione del documento o del dato.

Ai sensi del co.1, l'accesso civico generalizzato è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici inerenti a: la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico; la sicurezza nazionale; la difesa e le questioni militari; le relazioni internazionali; la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato; la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento; il regolare svolgimento di attività ispettive.

¹⁷ Delibera ANAC n. 1309 del 28 dicembre 2016.

Ai sensi del co. 2 invece, l'accesso civico, è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati: la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia; la libertà e la segretezza della corrispondenza; gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali.

Le **eccezioni assolute**, che escludono invece l'accesso senza lasciare margini di apprezzamento alla Pubblica Amministrazione, sono quelle previste dal co. 3 dell'art. 5 bis D.Lgs. 33/2013 che fa riferimento al segreto di Stato e agli 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 e limiti (come, ad esempio, l'accesso disciplinato dall'art. 53 del Codice dei Contratti).

Quanto al segreto di Stato, esso si configura dunque come eccezione assoluta all'accesso generalizzato, senza possibilità per la Pubblica Amministrazione di svolgere alcun giudizio comparativo, diversamente da quanto previsto e sopra illustrato in tema di accesso comune ai sensi dell'art. 24 co. 5 L.n. 241/1990. L'assolutezza di tale esclusione, dunque, distingue l'accesso civico generalizzato dall'accesso comune.

In relazione ai divieti di divulgazione previsti dalla legge, sempre secondo quanto chiarito dall'ANAC, la norma fa riferimento anzitutto alle normative in tema di segreto bancario, statistico e professionale, nonché alla tutela dei c.d. dati sensibilissimi. Quanto a questi ultimi, è evidente il parallelismo con l'art. 24 co. 7 L.n. 241/1990 che invece consente l'accesso anche a tali dati seppure entro ristrettissimi limiti: pertanto, in presenza di dati idonei a rivelare la vita sessuale o lo stato di salute di un soggetto, la domanda di accesso generalizzato ex art. 5 co. 2 D.Lgs. 33/2013 sarà negata, ma potrebbe essere accolta, ricorrendone i presupposti, l'istanza di accesso ex art. 22 L.n. 241/1990.

In ogni caso, l'accesso non può essere negato ove, per la tutela degli interessi di cui ai commi 1 e 2, sia sufficiente fare ricorso al **potere di differimento**.

I rimedi processuali al diniego di accesso e al silenzio

L'articolo 5, comma 6 del D. Lgs. 33/2013 come novellato, recependo le indicazioni

delle Commissioni parlamentari, pone la regola per cui il procedimento di accesso civico deve concludersi con un provvedimento espresso e motivato da adottarsi nel termine di 30 giorni dall'istanza e sottolinea che, oltre al diniego, anche il differimento e la limitazione dell'accesso devono essere motivati.

Il comma 7 del citato articolo 5 prevede, poi, che, in caso di diniego totale o parziale dell'accesso o di mancata risposta entro il termine di 30 giorni, il richiedente può presentare richiesta di riesame al **Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT)** il quale a sua volta decide in merito all'originaria istanza, con provvedimento motivato, nel termine di venti giorni.

La norma individua, infatti, la richiesta di riesame al Responsabile come una mera possibilità offerta al richiedente - questi può presentare richiesta di riesame - alternativa immediata alla strada giurisdizionale, ben potendo il richiedente ritenere di adire direttamente il giudice amministrativo.

La norma si chiude infatti con la previsione della possibilità di tutela in sede processuale dell'istante, il quale avverso la decisione dell'amministrazione competente o, in caso di richiesta di riesame, avverso quella del responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, può proporre ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale, secondo la disciplina recata dall'articolo 116 del Codice del processo amministrativo, e cioè secondo il rito dell'accesso.

Residua allora il problema della tutela giuridica dell'istante nell'ipotesi in cui l'amministrazione ovvero il RPCT rimangano *inerti*, non rinvenendosi alcuna "decisione" da impugnare davanti al giudice amministrativo.

Una volta decorsi i 30 giorni dalla presentazione dell'istanza, ovvero i 20 nel caso in cui il RPCT non si pronunci sull'istanza di riesame avanzata, si pone infatti il problema di individuare l'esatto rito da intraprendere da parte del richiedente, non risultando espressamente contemplata una ipotesi di silenzio significativo.

Partendo da considerazioni sistematiche, va allora evidenziato che nel caso in cui l'amministrazione, rispetto a una istanza del cittadino sulla quale ha un obbligo di provvedere, non concluda il procedimento con un provvedimento espresso, si ha una ipotesi di silenzio – inadempimento, che consente al cittadino medesimo di proporre l'azione avverso il

silenzio, ex art. 117 c.p.a. al fine di far accertare dal giudice la violazione dell'obbligo dell'amministrazione a provvedere e ottenere quindi una condanna dell'amministrazione inadempiente a concludere il procedimento con un provvedimento espresso.

Lo stesso comma 3 dell'art. 31 del c.p.a. prevede infine che il giudice amministrativo si pronunci sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio *"quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione"*.

1.4 Tratti comuni e quelli differenziali tra le diverse forme di accesso

Tanto chiarito in termini generali circa i diversi istituti generali di accesso, si evidenzieranno ora i tratti comuni e distintivi, peraltro già in parte anticipati.

Muovendo dal confronto tra accesso civico *"generalizzato"* e accesso *"documentale"*, si può innanzitutto rilevare come le due ipotesi di accesso paiano sovrapporsi quanto all'ambito oggettuale di applicazione, riferendosi entrambe a tutti i documenti detenuti da una Pubblica Amministrazione; anche se la dottrina più attenta ha evidenziato che l'accesso civico generalizzato abbia un ambito più esteso rispetto a quello comune ricomprendendovi non solo i documenti amministrativi, ma anche i dati.

I due istituti si distinguono ovviamente per i diversi requisiti di legittimazione: mentre l'accesso civico generalizzato è riconosciuto al *quisque de populo*, quello documentale è consentito solo ai soggetti che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento del quale è chiesto l'accesso: conseguentemente, l'istanza relativa all'accesso ex art. 5 co. 2 D.Lgs. 33/2013 non dovrà essere motivata in ordine ai requisiti di legittimazione, a differenza della richiesta ex art. 22 L.n. 241/1990.

Ulteriore elemento differenziale, come rilevato, consiste nel differente regime delle esclusioni, specie con riguardo ai limiti assoluti e al diritto alla riservatezza. Quanto ai

primi, l'accesso documentale è escluso, ma può essere consentita l'ostensione per quella parte di documento la cui divulgazione non pregiudichi gli interessi sottesi al divieto legislativo. Diversamente, l'esistenza, ad esempio, di un segreto di Stato configura per l'accesso civico generalizzato un'esclusione assoluta, senza possibilità di temperamento.

Quanto alla riservatezza, in tema di accesso documentale la Pubblica Amministrazione ha un maggior margine di comparazione degli interessi antagonisti, potendo far prevalere, entro ristretti limiti, l'accesso difensivo anche a fronte di dati sensibilissimi. Tale prevalenza è invece radicalmente esclusa per l'accesso civico generalizzato.

I due istituti divergono inoltre per la diversa natura giuridica: mentre l'accesso documentale configura, secondo la tesi prevalente in giurisprudenza, una posizione strumentale alla tutela della situazione soggettiva vantata, l'accesso civico generalizzato integra un'azione popolare esperita nell'esercizio di un diritto pubblico di libertà.

Infine, un'ulteriore differenza tra le due fattispecie è procedurale: la mancata risposta dell'Amministrazione all'istanza di accesso ai sensi della L.n. 241/1990 entro 30 giorni configura un'ipotesi di silenzio-rigetto impugnabile ai sensi dell'art. 116 C.P.A. È invece privo di tale significatività il silenzio serbato dalla Pubblica Amministrazione a fronte di un'istanza di accesso civico generalizzato, con la conseguenza che, di fronte all'inerzia dell'Amministrazione o del RPCT, il privato potrà, al più, esperire il rito avverso il silenzio-inadempimento ex art. 117 C.P.A. ed eventualmente, in caso di successivo rigetto, attivare il rito in materia di accesso di cui all'art. 116 C.P.A.

Quanto invece all'accesso civico "semplice", come abbiamo visto ha ad oggetto atti e documenti che la Pubblica Amministrazione è tenuta a pubblicare. Sicché, la richiesta di ostensione è volta segnatamente ad ottenere l'adempimento di tale obbligo da parte del soggetto pubblico.

È dunque evidente come l'accesso civico "semplice" abbia un ambito oggettuale differente rispetto alle altre due ipotesi, riguardando unicamente atti e documenti oggetto di un obbligo di pubblicazione da parte della Pubblica Amministrazione.

Quanto ai requisiti di legittimazione, l'accesso civico "semplice", come quello "generalizzato" e a differenza dell'istituto tradizionale, può essere richiesto dal *quisque de populo*, purché la richiesta abbia ad oggetto un atto o documento che la Pubblica

Amministrazione ha l'obbligo di pubblicare.

Riassumendo:

	Accesso documentale	Accesso civico "semplice"	Accesso civico "generalizzato"
Legittimati	Titolare di interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento del quale è chiesto l'accesso	Quisque de populo	Quisque de populo
Oggetto dell'istanza	Tutti i documenti detenuti da una Pubblica Amministrazione	Atti e documenti oggetto di un obbligo di pubblicazione da parte della Pubblica Amministrazione	Tutti i dati e documenti detenuti da una Pubblica Amministrazione

1.5 Diniego non legittimo e i rischi di condanna risarcitoria

Atteso l'obbligo normativamente sancito della P.A. di evadere le richieste di accesso, per una parte della dottrina tra il richiedente e l'Amministrazione si instaurerebbe un rapporto fondato sulla disciplina delle obbligazioni in generale.

Tale tesi fonda le sue radici negli obblighi di correttezza e buona fede cui sarebbe tenuta la P.A., la quale potrebbe quindi dimostrare l'esclusione della propria responsabilità se dovuta a causa a Lei non imputabile.

Sulla scia di tale orientamento, una recente ed attenta dottrina, confortata dall'orientamento giurisprudenziale, considera la responsabilità da illegittimo diniego di accesso agli atti quale **responsabilità da contatto sociale**.

Altri hanno delineato la responsabilità della P.A. nel caso di specie come **extracontrattuale**, ossia derivante da un danno ingiusto e da un dovere di non recare danno a terzi o di non ledere l'altrui sfera giuridica in seguito ad un comportamento doloso o colposo.

Pertanto, è importante verificare se la lesione o l'alterazione di un bene debba considerarsi ingiusta in virtù dei principi e criteri risultanti dal diritto positivo; a questo, secondo tale orientamento, soccorre l'art. 2043, clausola generale della responsabilità civile e fattispecie aperta ove poter far confluire una serie di casi concreti.

Tuttavia, con riferimento alla responsabilità extracontrattuale si è criticato che il cittadino venga posto in difficoltà richiedendo quasi una prova diabolica attesa la complessità di provare la condotta, il danno ed il nesso tra la condotta e il danno stesso.

Ai fini probatori per la configurazione del danno potrà allora considerarsi sufficiente la prova di aver confidato su situazioni giuridiche poi disattese perché non conosciute a seguito dell'illegittimo diniego all'accesso agli atti amministrativi, ovvero la prova della maggiore difficoltà od onerosità dell'esercizio di una attività lecita derivante dal diniego illegittimo.

2. LA DISCIPLINA DELL'ACCESSO NEL CODICE DEI CONTRATTI

Come abbiamo avuto modo di notare, l'effettività del diritto di accesso risponde ai principi di imparzialità e buon andamento ex art. 97 Cost., è espressione del diritto di informazione di cui all'art. 21 Cost. e trova, altresì, pieno riconoscimento nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nel Regolamento 1049/2001/CE e nel Trattato di Lisbona.

Nel settore degli appalti pubblici, le suddette esigenze emergono con maggiore rilevanza; pertanto, il legislatore ha introdotto una **disciplina speciale** relativamente all'accesso agli atti nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

Il diritto di accesso agli atti di gara è attualmente disciplinato dall'**art. 53 del nuovo Codice dei contratti pubblici recante "Accesso agli atti e riservatezza"**¹⁸.

La disciplina, di recepimento dell'art. 21 della direttiva 2014/24/UE, riproduce sostanzialmente quella prevista dall'art. 13 D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (recante la precedente versione del Codice) e si applica alle procedure selettive formalmente avviate successivamente alla sua entrata in vigore (art. 216, d.lgs. n. 50 del 2016 e comunicato congiunto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e dell'Autorità Nazionale Anticorruzione del 22 aprile 2016).

La specialità della disciplina trova la sua ratio nell'accentuata difficoltà che si presenta nel campo delle commesse pubbliche di operare un bilanciamento tra contrapposti valori quali la tutela della privacy, la trasparenza, l'imparzialità, il diritto di difesa, la *par condicio* tra i concorrenti e l'effettività della tutela giurisdizionale.

2.1 L'art. 53 co. 1 D.Lgs. 50/2016

In base all'art. 53 del Codice dei contratti pubblici, *"salvo quanto espressamente previsto nel presente codice, il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di*

¹⁸ Art. 53 D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, sostitutivo del precedente art. 13, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della Legge 7 agosto 1990, n. 241”.

Il rapporto tra la disciplina generale e la normativa speciale in tema di accesso agli atti di gara costituisce un passaggio fondamentale per trattare i problemi relativi alla legittimazione all’accesso e ai limiti allo stesso.

La giurisprudenza ha sottolineato che il rapporto tra la normativa generale in tema di accesso e quella particolare dettata in materia di contratti pubblici non va posto in termini di accentuata differenziazione, ma piuttosto di complementarità, nel senso che le disposizioni – di carattere generale – contenute nella disciplina della L.n. 241 del 1990 devono trovare applicazione tutte le volte in cui non si rinvencono disposizioni derogatorie – e, quindi, speciali – nel codice dei contratti, le quali trovano la propria *ratio* nel particolare regime giuridico di tale settore dell’ordinamento.

In sostanza, la disciplina speciale del Codice dei contratti pubblici costituisce un “microsistema normativo” molto più restrittivo di quello contenuto nell’art. 24 L.n. 241 del 1990 ma che con questo dialoga necessariamente.

La legittimazione processuale attiva e passiva e i presupposti

Oggetto del diritto di accesso ex art. 53 D.Lgs. n. 50/2016, sono gli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte.

Sono quindi accessibili tutti gli atti prodotti e redatti in sede di gara o che si ricollegano, talora anche in modo indiretto, a procedure di scelta del contraente: atti di autocertificazione, documenti relativi all’offerta tecnica, offerte economiche, verbali di commissioni di gara, elaborati progettuali, ecc.; oggetto del diritto di accesso possono dunque essere anche le offerte tecniche, comprensive di tutti i documenti ad esse afferenti, fra cui anche eventuali relazioni ed allegati di natura tecnica, presentate dalle altre imprese partecipanti. Il diritto può quindi esercitarsi anche rispetto a documenti di natura privatistica, purché concernenti attività di pubblico interesse.

Quanto ai soggetti legittimati attivi e passivi, deve farsi integrale riferimento alla disciplina generale dettata dagli artt. 22 e 23 L.n. 241/1990.

Dal lato attivo, sono quindi legittimati i soggetti cc.dd. interessati i quali, ai sensi dell'art. 22, comma 1, lett. b), sono tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di **interessi pubblici o diffusi che abbiano un interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale si chiede l'accesso**. Atteso che non si tratta di un controllo generalizzato sull'attività della P.A. – inammissibile ai sensi dell'art. 24, comma 3, L.n. 241 del 1990 – l'interesse dell'istante deve valutarsi in astratto e porsi in rapporto di **strumentalità con il documento del quale è richiesta l'ostensione** e non con la verosimiglianza della fondatezza della pretesa sostanziale sottostante alla richiesta.

L'interesse si considera: (i) **diretto**, allorché l'istante sia il portatore della situazione giuridica soggettiva tutelata; (ii) **concreto**, quando l'esigenza di tutela sottesa all'istanza di accesso non sia solo astratta o meramente ipotetica; (iii) **attuale**, quando l'interesse all'accesso non sia meramente storico documentativo, ma abbia dei riflessi sulla posizione giuridica dell'istante al momento in cui viene in rilievo.

A differenza di quanto previsto per l'accesso documentale, l'accesso ai sensi dell'art. 53 D.Lgs 50/216 richiede un ulteriore presupposto, sancito dal co. 6, il quale infatti consente l'accesso *"al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto"*. Atteso il carattere di specialità che connota la disciplina codicistica dell'accesso, la giurisprudenza ha infatti confermato che l'accesso agli atti delle gare pubbliche ha, sul piano oggettivo, una portata molto più ristretta rispetto a quella dell'accesso di cui alla L.n. 241/1990, la quale contempla un ventaglio più ampio di possibilità, consentendo l'accesso ove necessario per la tutela della posizione giuridica del richiedente, senza alcuna restrizione alla sola dimensione processuale.

Per quanto attiene alla legittimazione all'accesso, secondo la giurisprudenza¹⁹ questa è sicuramente riconosciuta ai soggetti partecipanti alla gara. I concorrenti, infatti, sottoposti alle regole di trasparenza ed imparzialità che caratterizzano la selezione, acconsentono implicitamente che l'offerta tecnica-progettuale fuoriesca dalla sfera del proprio riservato

¹⁹ in tal senso, Cons. St., sez. III, sent. n. 3688/2014; TAR Campania, Napoli, sez. VI, sent. n. 1657/2013; Cons. St., sez. VI, sent. n. 5062/2010.

dominio, avendo come contropartita la possibilità di esercitare un eguale diritto di accesso, per conseguire o difendere l'aggiudicazione. Quanto alle istanze di accesso presentate da coloro che volontariamente non hanno partecipato alla procedura, la giurisprudenza ha più volte affermato l'insussistenza della legittimazione a chiedere di prendere visione e di estrarre copia della relativa documentazione. La mancata partecipazione alla gara priva, dunque, il richiedente di quella posizione differenziata e qualificata che lo legittima all'accesso²⁰.

Dal lato passivo invece, richiamando l'art. 23, L.n. 241/1990, i soggetti obbligati a consentire l'esercizio del diritto di accesso sono le Amministrazioni dello Stato, comprese le aziende autonome, gli enti pubblici e i gestori di pubblici servizi. L'istituto dell'accesso si applica anche ai soggetti sussumibili nella nozione comunitaria di organismi di diritto pubblico (che non siano qualificabili, tuttavia, come enti pubblici alla stregua dell'ordinamento nazionale) e ai soggetti privati che perseguono un interesse pubblico, ai sensi dell'art. 22, comma 1, lett. e) e dell'art. 23, L.n. 241/1990.

I limiti e il differimento del diritto di accesso

I limiti oggettivi all'accesso agli atti delle gare, data la peculiarità del settore, sono:

1. ai sensi dell'art. 53 co. 5 D.Lgs. 50/2016 le ipotesi di divieto relativo di divulgazione di:
 - informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, **segreti tecnici o commerciali**;
 - pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;
 - 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;

²⁰ in tal senso TAR Liguria, sez. II, sent. n. 755/2019.

- soluzioni tecniche e ai programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale.
2. la **tutela del diritto alla riservatezza**, il quale però è destinato a recedere rispetto all'interesse conoscitivo dell'istante qualora quest'ultimo sia esercitato per la difesa giudiziale e in via strettamente collegata alla posizione processuale dello stesso. Sul punto, pare opportuno richiamare la normativa concernente la protezione dei dati personali di cui al D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice Privacy), che individua tre categorie di dati personali, cui viene ricondotta una tutela progressivamente più ampia.

Si tratta, in particolare, dei dati comuni della persona, dei dati cc.dd. sensibili, nonché dei dati cc.dd. super sensibili.

Dalla lettura del disposto di cui all'art. 59 Cod. Privacy emerge che l'istante potrà ottenere l'ostensione dei documenti contenenti dati comuni afferenti la sfera privata di soggetti terzi, qualora dimostri di vantare un interesse diretto, concreto e attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento. L'accesso ai dati cc.dd. sensibili, invece, può essere accordato nei limiti in cui risulti indispensabile per la tutela e la difesa degli interessi dell'istante ed è regolato dal combinato disposto del predetto art. 59, D.Lgs. n. 196 del 2003 e degli artt. 22 e ss., L.n. 241/1990.

Molto più stringenti risultano, invece, i limiti al diritto di accesso in ordine ai dati cc.dd. super sensibili, riguardanti lo stato di salute o la sfera sessuale di una persona. Alla stregua di quanto disposto dall'art. 60 Cod. Privacy, infatti, l'accesso *"[...] è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile"*.

3. la **tutela del segreto di Stato** e dei segreti o divieti di divulgazione espressamente previsti dalla legge.

Il codice dei contratti prevede, in deroga alla disciplina generale, un particolare obbligo in capo alla stazione appaltante a fronte dell'istanza di accesso agli atti di gara. Si tratta del c.d. **obbligo di differimento dell'accesso**, disciplinato dall'art. 53, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016.

La citata norma obbliga la P.A. a posticipare l'accesso di alcuni documenti e trova la sua *ratio* giustificatrice nell'esigenza di garantire il buon andamento dell'azione amministrativa e il corretto svolgimento della gara. Attraverso il differimento, infatti, l'accesso è tendenzialmente ammesso, ma sono definite particolari modalità di esercizio temporale dello stesso.

Nel dettaglio, la stazione appaltante differisce l'accesso:

1. nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;
2. nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare;
3. in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione;
4. in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione.

Pare opportuno precisare che si tratta di ipotesi tassative, in quanto speciali e derogatorie rispetto alla disciplina generale della L.n. 241/1990. I suddetti atti, più specificamente, non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti fino alla scadenza dei termini ivi previsti.

L'eventuale inosservanza comporta per i pubblici ufficiali o per gli incaricati di pubblici servizi l'applicazione della disposizione di cui all'art. 326 c.p.

Il diniego d'accesso in relazione alla presenza di "segreti industriali e commerciali" e la "stretta indispensabilità"

Come visto, le norme che regolano l'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici sono definite dall'art. 53 D.Lgs. n. 50/2016, che, sì, richiama la disciplina generale di cui agli artt. 22 ss. L.n. 241/1990, ma vi aggiunge speciali e specifiche disposizioni derogatorie in punto di differimento, di limitazione e, soprattutto, di **esclusione della pretesa ostensiva in considerazione delle peculiari esigenze di riservatezza** che tendono a manifestarsi e ad assumere rilievo nel contesto delle procedure evidenziali.

Sotto questo profilo, la norma recepisce le indicazioni 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, a tenore dei quali – fatti salvi gli obblighi in materia di pubblicità sugli appalti aggiudicati e gli obblighi di informazione dei candidati e degli offerenti – le stazioni appaltanti:

- a) sono tenute, salvo diversa ed espressa previsione nazionale od euro unitaria, a non rivelare *“informazioni comunicate dagli operatori economici e da essi considerate riservate, compresi anche, ma non esclusivamente, segreti tecnici o commerciali, nonché gli aspetti riservati delle offerte”*;
- b) sono autorizzate a *“imporre agli operatori economici condizioni intese a proteggere la natura confidenziale delle informazioni [rese] disponibili durante tutta la procedura”*.

Segnatamente, in attuazione dei richiamati criteri direttivi, l'art. 53, comma 5, lett. a) D.Lgs. n. 50 del 2016 sancisce: *“sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione [...] alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali”*.

Il riferimento al *“segreto”* commerciale contenuto nell'art. 53, più rigoroso e stringente dell'art. 24 L.n. 241/1990 che parla invece di *“riservatezza”* commerciale, si spiega in relazione allo specifico contesto dell'evidenza pubblica, nell'ambito del quale si svolge una vera e propria competizione governata dal principio di concorrenza e da quello di pari trattamento che ne costituisce il corollario endoconcorsuale. Essendo la gara basata sulla convenienza dell'offerta economica, è chiaro che le condizioni alle quali essa è aggiudicata, ed il relativo contratto è stipulato, costituiscono la prova ed il riscontro della corretta conduzione della competizione fra gli offerenti, ragion per cui nessuna esigenza

di riservatezza potrà essere tale da sottrarre all'accesso i dati tecnici che non siano così inestricabilmente avvinti tra loro da costituire parte di un segreto industriale²¹.

La particolare *voluntas legis*, consona al particolare contesto concorrenziale, è, dunque, di escludere dall'ostensibilità propria degli atti di gara quella parte dell'offerta o delle giustificazioni della anomalia che riguardano le specifiche e riservate capacità tecnico-industriali o in genere gestionali proprie dell'impresa in gara (il *know-how*), vale a dire l'insieme del "*saper fare*" e delle competenze ed esperienze, originali e tendenzialmente riservate, maturate ed acquisite nell'esercizio professionale dell'attività industriale e commerciale e che concorre a definire e qualificare la specifica competitività dell'impresa nel mercato aperto alla concorrenza.

Si tratta, del resto, di beni essenziali per lo sviluppo e per la stessa competizione qualitativa, che sono prodotto patrimoniale della capacità ideativa o acquisitiva della singola impresa e cui l'ordinamento, ai fini della corretta esplicazione della concorrenza, offre tutela di loro in quanto segreti commerciali: cfr. artt. 98 e 99 D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (Codice della proprietà industriale).

La *ratio legis* è di far sì che, proprio con riguardo ad una gara pubblica, che assicura la corretta competizione tra imprese, del diritto di accesso – per quanto garantito dal principio di pubblicità e trasparenza della condotta delle pubbliche amministrazioni o dei soggetti funzionalmente equiparati (cfr. art. 1 L.n. 241/1990) – non si possa fare un uso emulativo, ad esempio da parte di contendenti che potrebbero formalizzare l'istanza allo scopo precipuo di giovare di specifiche conoscenze industriali o commerciali acquisite e detenute da altri²².

Ne viene che la scelta, di suo meritevole, di prendere parte ad una procedura competitiva non implica un'impropria accettazione del rischio di divulgazione di segreti industriali o commerciali, i quali – almeno in principio – restano sottratti ad ogni forma di divulgazione, a tutela del loro specifico valore concorrenziale.

Il sancito limite all'ostensibilità, questo è comunque subordinato all'espressa "*manifestazione di interesse*" da parte dell'impresa interessata, cui incombe l'onere dell'allegazione di

21 In tal senso, Cons. Stato, sez. III, sent. n. 1213/2017 richiamata da Cons. Stato, sez. V, ord. 2150/2020.

22 Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 6393/1990.

“motivata e comprovata dichiarazione”, mediante la quale dimostri l’effettiva sussistenza di un segreto industriale o commerciale meritevole di salvaguardia.

A tal fine, la presentazione di una istanza di accesso impone alla stazione appaltante di coinvolgere, in rispetto del contraddittorio, il concorrente controinteressato nelle forme di cui alla disciplina generale del procedimento amministrativo, e richiede una motivata valutazione delle argomentazioni offerte, ai fini dell’apprezzamento della effettiva rilevanza per l’operatività del regime di segretezza.

Nondimeno – posto che trasparenza e riservatezza sono valori primari per l’azione amministrativa – va rilevato che la legge non pone una regola di esclusione basata su una presunzione assoluta valevole ex ante, ma impone una valutazione in concreto dei motivi addotti a difesa del segreto, in modo che non possa essere preclusivamente vulnerato *“l’accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto”*²³.

Del resto, nella materia in esame l’accesso è, strettamente legato alla sola esigenza di *“difesa in giudizio”*: previsione più restrittiva di quella dell’art. 24, comma 7, L.n. 241 del 1990. Ne consegue che, al fine di esercitare il diritto di accesso riguardo a informazioni contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali, è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la **concreta necessità (da riguardarsi, restrittivamente, in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio**²⁴.

In particolare, la mera intenzione di verificare e sondare l’eventuale opportunità di proporre ricorso giurisdizionale (anche da parte di chi vi abbia, come l’impresa seconda graduata, concreto ed obiettivo interesse) non legittima un accesso meramente esplorativo a informazioni riservate, perché difetta la dimostrazione della specifica e concreta indispensabilità a fini di giustizia.

²³ art. 53, ult. cpv D.Lgs. 50/2016.

²⁴ In tal senso, Cons. Stato, sez. V, sent. n. 64/2020.

3. LA GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI ACCESSO CIVICO GENERALIZZATO NEL CODICE DEI CONTRATTI

È stata controversa l'applicabilità della disciplina dell'accesso civico "generalizzato" agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici.

Come si è avuto modo di vedere, l'art. 53 del D.Lgs. 50 del 2016 Codice dei Contratti Pubblici detta una disciplina sull'accesso specifica e in parte derogatoria rispetto alle disposizioni sull'accesso documentale di cui alla L.n. 241 del 1990.

A riguardo, ci si è chiesti se la previsione, per la sua specificità, potesse costituire un'ipotesi di deroga dell'operabilità dell'accesso civico generalizzato disciplinata dall'art. 5 bis, comma 3, D.Lgs. n. 33 del 2013 che, tra gli altri, esclude l'accesso generalizzato nei 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 del 1990"*.

Nello specifico ci si domandava se tale limite dovesse operare in senso assoluto, ovvero solo fino alla fase dell'aggiudicazione della gara e successivamente ad essa dovesse essere ripristinata la disciplina generale dell'accesso, con la conseguente possibilità di accedere agli atti della procedura di affidamento tramite accesso civico "generalizzato".

3.1 I contrasti giurisprudenziali

A. L'interpretazione dell'art. 53 D.Lgs. n. 50 del 2016 in termini di disciplina speciale e derogatoria sull'accesso ha indotto parte della giurisprudenza amministrativa a ricondurre l'art. 53 nell'alveo dell'art. 5 bis del D.Lgs. n. 33 del 2013 e quindi ad escludere tout court la possibilità di invocare l'accesso civico generalizzato in materia di contratti pubblici.

I documenti concernenti le procedure di affidamento ed esecuzione di un appalto sarebbero quindi sottoposti esclusivamente alla disciplina di cui all'art. 53 del D.Lgs. n. 50 del 2016, il quale richiama soltanto gli artt. 22 e ss. della L.n. 241 del 1990, escludendo, pertanto,

l'operatività dell'accesso civico generalizzato di cui all'art. 5, comma 2, D.Lgs. n. 33 del 2013.

Su tali presupposti, la sentenza n. 677 del 18 ottobre 2018 del TAR Marche ha ritenuto legittimo il diniego opposto dalla stazione appaltante ad un'istanza di accesso civico di un operatore economico concernente i documenti di una gara già espletata, dalla quale l'istante era stato escluso, nonché una serie di dati relativi all'esecuzione del rapporto contrattuale scaturito da tale gara, anch'esso esaurito. Il TAR marchigiano ha escluso la possibilità di qualificare l'istanza di accesso avanzata dal soggetto interessato in termini di accesso civico generalizzato, in quanto (a suo dire) non rispondente alle ragioni di controllo sul perseguimento di funzioni istituzionali o sull'utilizzo di risorse pubbliche ad esso sottese, ma piuttosto volta ad acquisire informazioni utili in ordine alla esecuzione del precedente appalto e nell'ottica della nuova procedura di gara, indetta dalla amministrazione.

La sentenza del TAR Marche si pone in linea con un'altra recente pronuncia del TAR Emilia-Romagna, sede di Parma, n. 197 del 18 luglio 2018, che pure ha escluso la possibilità di ricondurre al diritto di accesso civico generalizzato un'istanza di accesso ai documenti di una gara di appalto già espletata (e dalla quale l'istante era stato escluso) e a una serie di documenti relativi alla esecuzione del rapporto contrattuale scaturito da tale gara, sul medesimo presupposto della riconducibilità della materia degli appalti pubblici alle deroghe di cui al richiamato art. 5 bis. Nella richiamata sentenza, il Collegio emiliano ha osservato che la ricorrente ha dato impulso ad un procedimento di accesso civico generalizzato ai sensi dell'art. 5, comma 2, del D.Lgs. n. 33 del 2013, *“volto cioè ad acquisire e visionare, senza alcun rapporto di vicinanza con il bene richiesto e senza bisogno di motivazione, documentazione amministrativa ulteriore rispetto a quella oggetto di pubblicazione necessaria”*.

Si tratta, come noto, di una forma di accesso civico che non ha forme di limitazioni soggettive e che ha un oggetto molto esteso (potenzialmente illimitato), con un rovesciamento completo del tradizionale rapporto tra cittadino e amministrazione, in quanto tutta la documentazione detenuta dalla p.a. è adesso accessibile, salvo che ricorrano alcune tassative circostanze espressamente individuate dalla norma. In tale contesto, il TAR ha respinto il ricorso proposto dal soggetto istante affermando che la speciale disciplina contenuta nell'art. 53 in commento *“debba considerarsi come un caso di esclusione della disciplina dell'accesso civico ai sensi del comma 3 dell'art. 5 bis su richiamato,*

ritenendo allo stesso tempo giustificata la scelta del legislatore volta a sottrarre anche solo implicitamente (...) una possibilità indiscriminata di accesso alla documentazione di gara e post-gara da parte di soggetti non qualificati”.

Per completezza espositiva preme richiamare anche le pronunce dello stesso tenore del TAR Lombardia, Milano Sez. I, sent. n. 630/2019, TAR Toscana Sez. III, sent. n. 577/2019, Cons. St., Sez. V, sent. n. 1817/2019 e, da ultimo, la recentissima sentenza del Cons. St., Sez. V, n. 5503 dell’8 agosto 2019.

Con quest’ ultima decisione, il giudice d’appello ha accolto l’orientamento sopra esposto, non tanto per *“incompatibilità morfologica o funzionale”* tra le ridette tipologie di accesso, ma perché, atteso il rapporto positivo tra le norme che le prevedono, l’incidenza dell’accesso civico generalizzato in uno specifico ambito di normazione speciale, quale è quella dei contratti pubblici, richiede un intervento esplicito del legislatore e non può essere disposta in via interpretativa.

La decisione in argomento si snoda attraverso i seguenti passaggi logici:

- l’accesso ai documenti in possesso delle Pubbliche Amministrazioni è, oggi, regolato da tre diversi sistemi, ciascuno caratterizzato da propri presupposti, limiti ed eccezioni: l’accesso documentale di cui agli artt. 22 e segg. della L.n. 241 del 1990; l’accesso civico ai documenti oggetto di pubblicazione, già regolato dal D.Lgs. n. 33 del 2013; l’accesso civico generalizzato, introdotto dalle modifiche apportate a quest’ultimo impianto normativo dal d.lgs. n. 97 del 2016;
- i tre istituti hanno diverso oggetto, ma tutti portata generale, sicché, in linea di principio, ciascuno di essi, a livello ordinamentale, è pari ordinato rispetto all’altro;
- nei rapporti reciproci ciascuno opera nel proprio ambito, per cui non v’è assorbimento dell’una fattispecie in un’altra; non si applica il principio dell’abrogazione tacita o implicita ad opera della disposizione successiva nel tempo (art. 15 disp. prel. al c.c.), tale che un modello di accesso sostituisca l’altro, o gli altri;
- il coordinamento di ciascuno dei tre modelli di accesso ai documenti con la disciplina settoriale dell’accesso in materia di contratti pubblici deve essere effettuato verificando se la disciplina settoriale – da prendere prioritariamente in considerazione in ossequio

al principio di specialità – consenta la reciproca integrazione ovvero assuma portata derogatoria;

- una serie di argomenti interpretativi (che fanno leva sulla tecnica normativa, sul dato letterale, ma anche su quello cronologico, teleologico e sistematico) fanno ritenere che il richiamo da parte dell'art. 53 del D.Lgs. n. 50 del 2016 alla disciplina degli artt. 22 e ss. della L.n. 241 del 1990 vada inteso come rinvio alle condizioni, modalità e limiti fissati dalla normativa in tema di accesso documentale, che devono sussistere ed operare perché possa essere esercitato il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici;
- di qui l'esclusione assoluta della disciplina dell'accesso civico generalizzato – il cui esercizio non fonda sulle stesse condizioni, modalità e limiti fissati dalla normativa in tema di accesso documentale – in relazione agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici.

B. Si discosta dall'orientamento sopra delineato quello in base al quale anche in materia di appalti pubblici, sia applicabile la disciplina dell'accesso civico generalizzato.

Tale orientamento fonda sostanzialmente sulle seguenti considerazioni:

- il mancato richiamo dell'accesso civico da parte dell'art. 53 del D.Lgs. n. 50/2016 non determina l'inoperatività del predetto istituto, che ha carattere prevalente rispetto alle altre forme d'accesso;
- la materia degli appalti pubblici non è esclusa dall'ambito di applicazione dell'art. 5 del D.Lgs. n. 33 del 2013, in quanto il successivo art. 5 *bis* elenca in modo tassativo gli ambiti sottratti alla regola generale della trasparenza senza contemplare fra le materie escluse quella degli appalti pubblici;
- dal momento che il comma 6 dello stesso art. 5 *bis* rimette all'Autorità nazionale anticorruzione la predisposizione di Linee Guida recanti indicazioni operative sull'accesso civico generalizzato, tale disposizione presuppone che l'istituto dell'accesso civico operi anche nelle materie di competenza dell'ANAC e, quindi, anche nel settore degli appalti pubblici.

In accordo con tale orientamento, la pronuncia del TAR Campania, Napoli, n. 6028 del

22 dicembre 2017 ha ritenuto legittima e meritevole di accoglimento l'istanza di accesso del concorrente secondo classificato, avanzata ai sensi delle disposizioni in materia di accesso civico, volta ad accertare l'effettivo utilizzo da parte del soggetto aggiudicatario in fase di esecuzione del contratto dei prodotti offerti in sede di gara. Nella sentenza in commento il TAR ha valorizzato la diversità dei presupposti e delle basi giuridiche su cui operano i diversi tipi di accesso, quello documentale ex L.n. 241/1990 e quello civico generalizzato: mentre l'accesso documentale consente un controllo più profondo e accurato dei dati oggetto dell'accesso, l'accesso civico generalizzato consente una più estesa conoscibilità dell'azione amministrativa, avendo ad oggetto non solo documenti, ma anche dati e informazioni, seppur in termini più superficiali e meno approfonditi. Così, nella fattispecie concreta, il Collegio ha ritenuto che l'accesso alle informazioni richieste non pregiudicasse le opposte esigenze di tutela dei segreti economici e commerciali dell'impresa aggiudicataria.

Ha osservato infatti il TAR che *"la domanda di accesso della ricorrente è unicamente volta a sapere se siano stati posti in opera i tubi (le cui qualità sono state descritte nella gara e, dunque, note) promessi con l'offerta; in questo senso, l'amministrazione dovrà consentire l'accesso solo al documento nel quale è contenuta tale informazione (senza disvelare i canali di approvvigionamento e le relative condizioni)" che l'impresa aggiudicataria è riuscita a ottenere e ciò in assoluta coerenza con le statuizioni di questo Tribunale*".

Sul tema, risulta interessante la posizione assunta dall'ANAC nella Delibera n. 317 del 29 marzo 2017, in risposta ad un quesito concernente un'istanza di accesso agli atti di gara presentata da consiglieri comunali ai sensi della normativa del TUEL (D.Lgs. 267/2000). L'Autorità, da un lato riconosce la riconducibilità della normativa sull'accesso di cui al D.Lgs. n. 50 del 2016 tra le ipotesi derogatorie cui è assoggettato l'accesso civico generalizzato, ma dall'altro precisa che l'art. 53, salvo i casi particolari di cui al comma 5, non dispone un'esclusione assoluta, ma un mero differimento dell'accesso fino all'aggiudicazione.

Su tali premesse l'ANAC ha dunque inteso operare un distinguo, affermando e confermando la legittima esclusione del diritto di accesso civico generalizzato nella fase che precede l'aggiudicazione e al contempo la necessità di consentire a chiunque l'accesso successivamente all'aggiudicazione della gara, ancorché nel rispetto dei limiti previsti dall'art. 5 bis del D.Lgs. 33 del 2013. In particolare, l'ANAC ha osservato che sebbene *"l'accesso civico generalizzato ove invocato ai sensi dell'art. 5, comma 2, del*

D.lgs. n. 33 del 2013, incontri il limite previsto dall'art. 53 del Codice dei contratti pubblici" può "comunque essere concesso, senza alcun obbligo di motivazione, alla scadenza del termine ivi previsto, ovvero dopo l'aggiudicazione, nel rispetto della tutela dei dati personali e degli interessi economici e commerciali dei soggetti coinvolti, secondo quanto disposto all'art. 5 bis, comma 2, del D.lgs. n. 33 del 2013". **L'interpretazione dell'ANAC non esclude quindi tout court l'applicazione dell'accesso civico generalizzato nei contratti pubblici**, in virtù della deroga contemplata dal comma 3 dell'art. 5 bis del D.Lgs. 33 del 2013, considerando l'art. 53, comma 2, del Codice una deroga della L. n. 241 del 1990 non assoluta.

Si osserva, da ultimo, che la valorizzazione del momento temporale di proposizione dell'istanza di accesso, ai fini della applicazione della disciplina sull'accesso civico generalizzato, sembra trovare recente conferma giurisprudenziale nella sentenza del Cons. St., sez. III, 26 ottobre 2018, n. 6083, intervenuta su una fattispecie concernente l'accesso agli atti di una procedura pubblica in fase di gara. Al di là della statuizione sulla vicenda controversa, paiono interessanti le considerazioni del Consiglio di Stato laddove afferma che la disciplina codicistica fa *"prevalere le ovvie esigenze di riservatezza degli offerenti durante la competizione, prevedendo un vero e proprio divieto di divulgazione, salvo ripristinare la fisiologica dinamica dell'accesso a procedura conclusa, con espressa eccezione per le informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali"*.

L'orientamento di una parte della giurisprudenza amministrativa²⁵ - in armonia con l'ANAC e favorevole ad ampliare l'ambito di applicazione dell'accesso civico – offre un'interpretazione interessante dell'art. 53 del Codice dei Contratti Pubblici, quale norma speciale non derogatoria tout court della disciplina sull'accesso: valorizzando il momento temporale in cui viene richiesto l'accesso, la possibilità di invocare l'accesso civico è esclusa solo fino all'aggiudicazione del contratto, mentre dopo tale fase (e salve eccezioni) la materia resta assoggettata all'ordinaria disciplina dell'accesso documentale, con conseguente applicabilità della normativa in tema di accesso civico generalizzato, pur con i limiti di cui all'art. 5 bis.

²⁵ In tal senso, ancora TAR Campania, Napoli, Sez. VI, sent. n. 5837/2019 e Consiglio di Stato, sez. III, sent. n. 3780/2019.

D'altro canto, ciò risulterebbe in linea con l'approccio del nuovo codice dei contratti pubblici, stante il generale richiamo che questo opera al D.Lgs. 33/2013 e il rilievo della disciplina dell'accesso civico anche nella materia dei contratti pubblici.

Sul punto, la dottrina osserva infatti che stante l'espresso e generale richiamo che il codice dei contratti opera al D.Lgs. 33/2013, la disciplina dell'accesso civico assumerebbe rilievo anche nella materia dei contratti pubblici. È noto, infatti, che in precedenza si era ritenuto che l'istituto dell'accesso civico non potesse trovare applicazione anche alla materia degli appalti, che era invece disciplinata dal differente e più restrittivo istituto del diritto di accesso. Il nuovo codice dei contratti ribalta la precedente situazione, consentendo la piena esplicazione dell'istituto anche nella materia degli appalti pubblici.

L'applicabilità dell'art. 5 del D.Lgs. 33/2013 anche agli appalti pubblici, rappresenterebbe dunque un cambio di mentalità, in cui non è più la sola impresa concorrente, ma qualsiasi cittadino ad avere diritto alla pubblicazione e alla conoscenza di determinati atti della procedura di gara pubblica, nel pieno rispetto, possiamo dire, del principio di trasparenza.

Il forte contrasto giurisprudenziale sorto in materia di accesso agli atti nel settore dei contratti pubblici è emblematico di una delle più gravi criticità del nostro ordinamento: la **superfetazione normativa**.

La sovrapposizione di disposizioni disciplinanti medesime materie e istituti (quando non, addirittura, medesime situazioni) determina in tutti i rami del diritto irrazionalità del sistema, il quale, nella sua fitta trama di regole e regolette, cela una miriade di possibili soluzioni del caso concreto, tutte teoricamente valide, benché, talvolta, diametralmente opposte tra loro.

Siffatto modo di legiferare crea caos nell'ordinamento (il quale è inevitabilmente percepito come ambiguo) e genera negatività, persino quando – come nella disciplina in materia di accesso e trasparenza – mira ad accrescere il novero dei diritti.

3.2 Il recente rinvio all'Adunanza Plenaria

È proprio per questo motivo che con l'Ordinanza n. 8501 del 16 dicembre 2019 la

Terza Sezione si è rimessa all'Adunanza Plenaria affinché dirimesse definitivamente le questioni interpretative di dubbia risoluzione relative all'istituto dell'accesso in materia di contratti pubblici.

La vicenda processuale dalla quale scaturisce il rinvio all'Adunanza ha ad oggetto l'impugnazione innanzi alla Sezione III del Consiglio di Stato della sentenza del TAR Toscana n. 577/2019, che ha respinto il ricorso proposto dalla seconda classificata ad una gara indetta dalla Azienda USL Toscana Centro avverso il diniego della S.A. alla sua istanza di accesso ai documenti dell'aggiudicataria riguardanti *"l'esecuzione del servizio"*. A supporto della sua richiesta di accesso, la ricorrente tentava di dimostrare al TAR toscano di essere titolare di un interesse specifico, qualificato e differenziato: la dichiarata finalità dell'accesso era infatti quella di verificare, in qualità di seconda classificata, se l'esecuzione del contratto si stesse svolgendo nel rispetto del Capitolato Tecnico.

La sentenza del TAR Toscana, allineandosi alle motivazioni dell'Amministrazione, respingeva il ricorso asserendo analiticamente che:

- nella fattispecie concreta non emergeva, in capo alla ricorrente, la sussistenza dell'interesse qualificato quale presupposto necessario ai sensi dell'art. 22 e ss. L.n. 241/1990, in quanto l'istanza di accesso si traduceva in realtà in un'indagine meramente *"esplorativa"*;
- il contestato diniego sarebbe poi stato legittimo anche qualificando l'istanza come diritto di accesso civico generalizzato;
- ciò in quanto l'accesso civico generalizzato deve essere considerato totalmente inoperante nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture in base alla previsione dell'art. 5 co. 11 D.Lgs. 33/2013.

Dal canto suo l'appellante aveva, da un lato, insistito nell'affermare la sussistenza del suo diritto ex L.n. 241/1990 in qualità di seconda classificata ad aver accesso ai documenti inerenti la fase esecutiva del servizio, dall'altro segnalato l'evidente contrasto interpretativo tra la giurisprudenza della III° e della V° sezione del Consiglio di Stato quanto all'applicabilità dell'istituto dell'accesso civico generalizzato nella materia delle procedure di evidenza pubblica.

Il Collegio adito ha ritenuto allora necessario l'intervento "nomofilattico" (risolutivo) dell'Adunanza Plenaria, al fine di dirimere sostanzialmente le seguenti tre questioni di rilevanza generale:

1. la sussistenza (o meno) della titolarità del diritto di accesso ordinario basato sull'art. 22 L.n. 241/1990 in capo all'operatore economico il quale, facendo valere il proprio interesse strumentale allo scorrimento della graduatoria o alla ripetizione della gara, intenda conoscere i documenti afferenti all'esecuzione del contratto;
2. l'applicabilità (o meno) della disciplina dell'accesso civico generalizzato di cui al D.Lgs. 33/2013 nel settore dei contratti pubblici, con particolare riguardo alla fase esecutiva delle prestazioni.
3. la sussistenza (o meno) del dovere dell'amministrazione di accogliere un'istanza di accesso formalmente basata sulla disciplina ordinaria di cui all'art. 22 L.n. 241/1990, qualora, in difetto del requisito dell'interesse differenziato in capo al richiedente, siano comunque riscontrabili in concreto tutti i presupposti per l'esercizio del diritto di accesso civico generalizzato di cui al D.Lgs. 33/2013.

Nell'attesa della pronuncia dell'Adunanza Plenaria, non sono mancate sentenze dei TT.AA. RR. che hanno continuato a schierarsi in parte a favore ed in parte contro la possibilità di utilizzare l'istituto dell'accesso civico nel settore dei contratti pubblici²⁶.

L'intervento si è fatto attendere fino al 2 aprile 2020 e, con la pronuncia n. 10/2020²⁷, l'Adunanza Plenaria, si è pronunciata sui quesiti poste.

La pronuncia si distingue per minuziosità argomentativa, e si sviluppa in oltre 70 pagine di testo, ragione per cui non può che rimandarsi alla lettura integrale della pronuncia per comprendere tutte le sfumature giuridiche declinate, potendoci per converso qui limitare ad una notazione dei punti salienti.

L'Adunanza ha ritenuto logicamente opportuno esaminare per primo il terzo quesito postole (3), sulla natura dell'istanza ostensiva e sulla possibilità di riqualificarla nell'ambito del

²⁶ a sostegno dell'applicazione dell'accesso civico nel settore dei contratti pubblici: TAR Lombardia, Milano, sez. III, sent. n. 2750/2019 e TAR Toscana, sez. I, sent. n. 201/2020; in senso contrario, TAR Toscana, sez. II, sent. n. 1748/2019.

²⁷ Cons. Stato, Ad. Plen. n. 10/2020.

procedimento.

Giova rammentare che, nello specifico caso scrutinato, il richiedente l'accesso non aveva qualificato la propria istanza ai sensi di una specifica norma (accesso ordinario ovvero generalizzato), in quanto era invece stata formulata *"in modo indistinto, duplice o, se si preferisce, ancipite"*, e racchiudeva dunque due interessi: uno specifico, derivante dalla posizione di secondo classificato dell'istante; uno generale, ossia un interesse collaborativo con la pubblica amministrazione nell'interesse pubblico.

Il Supremo consesso, con un approccio nettamente sostanzialistico, 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"*.

Illuminante diviene allora l'impiego dell'aggettivo *"ancipite"*: allorquando non sia individuabile l'esercizio di una specifica forma di accesso, la stazione appaltante è onerata di un esercizio *"qualificatorio"* quanto mai ampio ai fini dell'evasione della richiesta, considerato che questa, legittimamente, ben potrebbe essere formulata dal privato con riferimento tanto all'una che all'altra forma di accesso.

Con riferimento al dato procedimentale, infatti, in materia di accesso opera il principio di stretta necessità, che si traduce in quello del minor aggravio possibile nell'esercizio del diritto, con il divieto di vincolare l'accesso a rigide regole formali che ne ostacolino la soddisfazione.

Ancorché non determinante ai fini del decidere il caso di specie, ai sensi dell'art. 99, comma 5, c.p.a. la Plenaria ha ritenuto comunque necessario rispondere alla questione di interesse generale posta dalla III Sezione, e quindi di chiarire se sussista o meno la possibilità ovvero l'obbligo della stazione appaltante di estendere l'ambito di operatività di un accesso procedimentale ordinario; detto in altri termini: se a fronte di una istanza di accesso ai documenti espressamente motivata con esclusivo riferimento alla disciplina generale della L.n 241/1990, in relazione alla quale è indiscussa la carenza del necessario presupposto legittimante della titolarità di un interesse differenziato in capo al richiedente,

è possibile esaminare la richiesta sotto il diverso profilo dell'accesso civico generalizzato.

La risposta è seccamente negativa, in quanto, diversamente opinando, *“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.*

Per tali ragioni è da ritenersi *“preclusa la possibilità di immutare, anche in corso di causa, il titolo della formalizzata actio ad exhibendum, pena la violazione del divieto di mutatio libelli e di introduzione di ius novorum”²⁸.*

- *la pubblica amministrazione ha il **potere-dovere di esaminare l'istanza di accesso agli atti e ai documenti pubblici, formulata in modo generico o cumulativo dal richiedente senza riferimento ad una specifica disciplina, anche alla stregua della disciplina dell'accesso civico generalizzato, a meno che l'interessato non abbia inteso fare esclusivo, inequivocabile, riferimento alla disciplina dell'accesso documentale, nel qual caso essa dovrà esaminare l'istanza solo con specifico riferimento ai profili della l. 241 del 1990, senza che il giudice amministrativo, adito ai sensi dell'art. 116 c.p.a., possa mutare il titolo dell'accesso, definito dall'originaria istanza e dal conseguente diniego adottato dalla pubblica amministrazione all'esito del procedimento;***

Il primo (1) quesito posto all'Adunanza Plenaria consiste invece nel chiarire se sia configurabile, o meno, in capo all'operatore economico utilmente collocato nella graduatoria dei concorrenti determinata all'esito della procedura di evidenza pubblica, la titolarità di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata, ai sensi dell'art. 22, comma 1, lett. b), L.n. 241/1990, ad avere accesso agli atti della fase esecutiva delle prestazioni, in vista della eventuale sollecitazione del potere dell'amministrazione di provocare la risoluzione per inadempimento dell'appaltatore e il conseguente interpello per il nuovo affidamento del contratto, secondo la regole dello scorrimento della graduatoria.

Diversamente da quanto ritenuto dal Tribunale amministrativo regionale per la Toscana nella sentenza impugnata, e condividendo invece le osservazioni esposte dall'ordinanza

²⁸ Cons. Stato, sez. IV, sent. n.1406/2017; Cons. Stato, sez. V, sent. n. 1817/2019; Cons. Stato, sez. V, sent. n. 5503/2019.

di rimessione, l'Adunanza Plenaria è perentoria nel ritenere che **gli operatori economici che abbiano preso parte alla gara siano legittimati ad accedere agli atti della fase esecutiva**, con le limitazioni di cui all'art. 53 D.lgs.50/2016, **purché abbiano un interesse attuale, concreto e diretto a conoscere tali atti.**

La giurisprudenza del Consiglio di Stato è infatti univoca nell'ammettere l'accesso documentale, ricorrendone le condizioni previste dagli artt. 22 e ss. L.n. 241/1990, anche agli atti della fase esecutiva²⁹ laddove funzionale, ad esempio, a dimostrare, attraverso la prova dell'inadempimento delle prestazioni contrattuali, l'originaria inadeguatezza dell'offerta vincitrice della gara, contestata dall'istante nel giudizio promosso contro gli atti di aggiudicazione del servizio. L'accesso documentale agli atti della fase esecutiva è d'altronde ammesso espressamente anche dallo stesso art. 53, comma 1, D.lgs. 50/2016, laddove rimette alla disciplina degli artt. 22 e ss. L.n. 241/1990, *"il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici"*, ma anche e più in generale dalla L.n. 241/1990, richiamata dall'art. 53 testé citato.

L'esecuzione del pubblico contratto o della pubblica concessione, sostiene la Plenaria, 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"*. Vi è quindi *"una rilevanza pubblicistica (anche) della fase di esecuzione del contratto e l'interesse legittimo degli operatori economici nel settore dei rapporti contrattuali ha assunto ormai una configurazione di ordine anche solo strumentale, certo inedita nella sua estensione, ma di sicuro impatto sistematico"*.

È vero che il codice dei contratti pubblici, pur nell'esigenza che l'esecuzione dell'appalto garantisca la qualità delle prestazioni, menziona i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza solo in riferimento alla fase pubblicistica dell'affidamento di appalti e di concessioni, ma non vi è dubbio che la fase dell'esecuzione, se si eccettuano le varianti in corso d'opera ammesse dalla legge e le specifiche circostanze sopravvenute tali da incidere sullo svolgimento del rapporto contrattuale, deve rispecchiare e rispettare l'esito della gara condotto secondo le regole della trasparenza, della non discriminazione

²⁹ ex plurimis, Cons. St., sez. V, sent. n. 1115/2009

e della concorrenza.

L'attuazione in concreto dell'offerta risultata migliore, all'esito della gara, e l'adempimento delle connesse prestazioni dell'appaltatore o del concessionario devono dunque essere lo specchio fedele di quanto risultato all'esito di un corretto confronto in sede di gara, perché altrimenti sarebbe facile aggirare in sede di esecuzione proprio le regole del buon andamento, della trasparenza e, non da ultimo, della concorrenza, formalmente seguite nella fase pubblicistica anteriore e prodromica all'aggiudicazione.

Il delineato quadro normativo e di principi rende ben evidente l'esistenza di situazioni giuridicamente tutelate in capo agli altri operatori economici, che abbiano partecipato alla gara e interessati a conoscere illegittimità o inadempimenti manifestatisi dalla fase di approvazione del contratto sino alla sua completa esecuzione, anche con riferimento all'esecuzione, per poter eventualmente subentrare nel contratto od ottenere la riedizione della gara con *chance* di aggiudicarsela.

Per tali ragioni è da riconoscersi un interesse giuridicamente tutelato quantomeno 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"*, i quali devono 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)"*.

Tuttavia la Plenaria si premura di precisare che ciò è vero solo al ricorrere di specifiche condizioni; una volta fatta luce sulla sussistenza di un interesse, e sulla conseguente legittimazione alla conoscenza dello svolgimento del rapporto contrattuale, l'Adunanza ritiene che, ai fini dell'accesso, detto interesse debba preesistere all'istanza, non essendo viceversa sostenibile che ne sia una conseguenza; in altri termini, l'esistenza di detto interesse deve essere anteriore all'istanza di accesso documentale, la quale, quindi, non deve essere impiegata e piegata a *"costruire" ad hoc*, con finalità esplorativa, le premesse affinché sorga *ex post*.

Diversamente, infatti, l'accesso documentale assolverebbe ad una finalità espressamente vietata dalla legge, perché preordinata ad un non consentito controllo generalizzato

sull'attività, pubblicistica o privatistica, delle pubbliche amministrazioni (art. 24, comma 4, della L.n. 241/1990). Se è vero che l'accesso documentale soddisfa un bisogno di conoscenza (c.d. *need to know*) strumentale alla difesa di una situazione giuridica, che peraltro non necessariamente deve sfociare in un esito contenzioso, questa situazione giuridica deve però necessariamente precedere e, per di più, motivare l'accesso stesso.

Questo, in conclusione, il principio di diritto espresso dalla Plenaria relativamente al 1) quesito:

- ***è ravvisabile un interesse concreto e attuale, ai sensi dell'art. 22 della 241 del 1990, e una conseguente legittimazione, ad avere accesso agli atti della fase esecutiva di un contratto pubblico da parte di un concorrente alla gara, in relazione a vicende che potrebbero condurre alla risoluzione per inadempimento dell'aggiudicatario e quindi allo scorrimento della graduatoria o alla riedizione della gara, purché tale istanza non si traduca in una generica volontà da parte del terzo istante di verificare il corretto svolgimento del rapporto contrattuale***

Ultima in trattazione, ma certamente prima in importanza, la questione (ii) dell'applicabilità dell'accesso civico generalizzato anche alla materia dei contratti pubblici.

A riguardo, la Plenaria rammenta i due orientamenti (sopra analizzati) contrastanti sul tema e così riassumibili: secondo la III Sezione del Consiglio di Stato il rinvio operato agli artt. 22 e ss. della L.n. 241 del 1990 da parte dell'art. 53 D.lgs. n. 50 del 2016, non può condurre alla generale esclusione dell'accesso civico generalizzato in relazione ai contratti pubblici poiché il richiamo a specifiche condizioni, modalità e limiti si riferisce a determinati casi in cui, per una materia altrimenti ricompresa per intero nella possibilità di accesso, norme speciali o l'art. 24, comma 1, della L.n. 241/1990 possono prevedere specifiche restrizioni. Il riferimento alla disciplina degli artt. 22 e ss. della 241 del 1990 contenuto nella norma, secondo la Sezione *"costituirebbe il mero frutto di un mancato coordinamento del legislatore tra le due normative"*.

Pertali ragioni sarebbe irragionevole e non costituzionalmente orientata una interpretazione "statica" volta a precludere l'accesso civico generalizzato ogniqualvolta una norma di legge richiami la disciplina dell'art. 22 della L.n. 241 del 1990, dovendosi viceversa privilegiare una interpretazione conforme ai canoni dell'art. 97 Cost. e valorizzare l'impatto

“orizzontale” dell’accesso civico generalizzato, non limitabile da norme preesistenti e non coordinate con il nuovo istituto, ma soltanto dalle prescrizioni speciali, da interpretare restrittivamente, rinvenibili all’interno della disciplina di riferimento.

Secondo la V Sezione, al contrario, l’eccezione assoluta, contemplata nell’art. 5 bis, comma 3, D.lgs. 33/2016, è da intendersi “*referita a tutte le ipotesi in cui vi sia una disciplina vigente che regoli specificamente il diritto di accesso*”. Il D.lgs. 50/2016 prevede una specifica regolamentazione dell’accesso, dal che, secondo la Sezione, la legge propende per l’esclusione assoluta della disciplina dell’accesso civico generalizzato in riferimento agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici. Esclusione che non consegue da una incompatibilità morfologica o funzionale, bensì dal delineato rapporto positivo tra norme, che non è compito dell’interprete variamente atteggiare, richiedendosi allo scopo, per l’incidenza in uno specifico ambito di normazione speciale, un intervento esplicito del legislatore.

La Plenaria conviene con l’orientamento della III Sezione, e a chiare lettere statuisce 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 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.***

Secondo la Plenaria nell’accesso documentale ordinario, “classico”, si è “*al cospetto di un accesso strumentale alla protezione di un interesse individuale, nel quale è l’interesse pubblico alla trasparenza ad essere, come taluno ha osservato, “occasionalmente protetto” per il c.d. need to know, per il bisogno di conoscere, in capo al richiedente, strumentale ad una situazione giuridica pregressa*”.

Per converso, “*nell’accesso civico generalizzato si ha un accesso dichiaratamente finalizzato a garantire il controllo democratico sull’attività amministrativa, nel quale il c.d.*

right to know, l'interesse individuale alla conoscenza, è protetto in sé, se e in quanto non vi siano contrarie ragioni di interesse pubblico o privato, ragioni espresse dalle cc.dd. eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 33 del 2013".

Anche nel nostro ordinamento, quindi, è necessario accettare "l'evoluzione della visibilità del potere, con la conseguente accessibilità generalizzata dei suoi atti sul modello del FOIA; è la storia del lento cammino verso la democrazia che, con il progressivo superamento degli arcana imperii di tacitiana memoria, garantisce la necessaria democraticità del processo continuo di informazione e formazione dell'opinione pubblica"³⁰.

La pubblica amministrazione è destinata sempre più ad assumere i contorni di una "casa di vetro", nell'ambito di una visione più ampia dei diritti fondamentali sanciti dall'art. 2 della Costituzione, che non può prescindere dalla partecipazione ai pubblici poteri. Al fine di acclarare la natura fondamentale del diritto di accesso civico generalizzato, la Plenaria richiama gli artt. 1, 2, 97 e 117 Cost, l'art. 42 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea per gli atti delle istituzioni europee, nonché l'art. 10 CEDU, come peraltro hanno rilevato le Linee guida dell'ANAC e le Circolari FOIA n. 2/2017 (par. 2.1) e n. 1/2019 (par. 3).

Ciò chiarito in termini di principi generali, il Collegio, pur sottolineando l'infelice formulazione della norma, ritiene che l'interpretazione fornita dalla V Sezione sia eccessivamente limitativa della "terza generazione" del diritto all'accesso, e che occorra diversamente interrogarsi sulle cd. eccezioni assolute, previste dall'art. 5 bis, comma 3, D.lgs. 33/2013, che testualmente 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, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990".

L'interpretazione letterale propugnata dalla V Sezione, infatti, pur mossa dal comprensibile intento di ritagliare un raggio applicativo autonomo a ciascuna delle tre ipotesi previste dal comma 3, perviene però a spezzare l'indubbio nesso sistematico, già evidente nella formulazione del comma («ivi compresi.... inclusi») che esiste tra le singole ipotesi.

³⁰ Corte Cost. sent. n. 155/2002.

Per tali ragioni l'Adunanza ha ritenuto preferibile una lettura unitaria della norma – a partire dall'endiadi «segreti e altri divieti di divulgazione» – evitando di scomporla e di trarne con ciò stesso dei nuovi, autonomi l'uno dagli altri, limiti, perché una lettura sistematica, costituzionalmente e convenzionalmente orientata, impone un necessario approccio restrittivo (ai limiti) secondo una interpretazione tassativizzante.

“La disposizione non può invero essere intesa nel senso di esentare dall'accesso generalizzato interi ambiti di materie per il sol fatto che esse prevedano casi di accesso limitato e condizionato, compresi quelli regolati dalla L.n. 241 del 1990, perché, se così fosse, il principio di specialità condurrebbe sempre all'esclusione di quella materia dall'accesso, con la conseguenza, irragionevole, che la disciplina speciale o, addirittura, anche quella generale dell'accesso documentale, in quanto e per quanto richiamata per relationem dalla singola disciplina speciale, assorbirebbe e “fagociterebbe” l'accesso civico generalizzato”.

Viceversa, è necessario indagare la portata e il senso dei limiti all'accesso non già per interi ambiti di materia, bensì “caso per caso”; e comprendere quindi se il filtro posto dal legislatore a determinati casi di accesso sia radicalmente incompatibile con l'accesso civico generalizzato quale esercizio di una libertà fondamentale da parte dei consociati. Anche le eccezioni assolute, insomma, come osservato pure in dottrina, non sono preclusioni assolute perché l'interprete dovrà valutare, appunto, la volontà del legislatore di fissare in determinati casi limiti più stringenti all'accesso civico generalizzato.

Diversamente opinando s'avallerebbe il rischio che i casi del comma 3 dell'art. 5 bis del D. lgs. 33/2013, letti in modo frazionato e non sistematico, si trasformino in un “buco nero” della trasparenza – frutto anche di un sistema di limiti che si apre ad altri che rinviano ad ulteriori con un potenziale circolo vizioso e un regressus ad infinitum – ove è risucchiato l'accesso generalizzato - con un ritorno all'opacità dell'azione amministrativa per effetto di una interpretazione che trasforma l'eccezione in regola e conduce fatalmente alla creazione in via pretoria di quelli che, con felice espressione, sono stati definiti “segreti di fatto” accanto ai “segreti di diritto”, espressamente contemplati dalla legge”.

In definitiva, ritiene la Plenaria che i limiti previsti per l'accesso ai documenti amministrativi di cui agli artt. 22 e seguenti della Legge n. 241 del 1990 e quelli dettati dalle singole discipline settoriali “non possono essere superati ricorrendo strumentalmente all'istituto

dell'accesso civico generalizzato, ma deve ritenersi che, una volta venute meno le ragioni di questi limiti", tra cui quelli espressamente previsti dall'art. 53 del codice dei contratti pubblici, sul piano sia temporale sia contenutistico, l'accesso civico generalizzato operi di diritto, senza che sia necessaria nel nostro ordinamento una specifica disposizione di legge che ne autorizzi l'operatività anche in specifiche materie, come quella dei contratti pubblici, con la conseguenza che l'accesso civico generalizzato, ferme le eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 33 del 2013, è ammissibile in ordine agli atti della fase esecutiva.

Accesso che, ad ogni modo, sconta delle eccezioni.

Il riferimento è sia alle eccezioni assolute (es. segreti di stato), che a quelle relative (es. segreti tecnici e commerciali) per le quali, a differenza delle prime, non sussiste a monte nella scala valoriale del legislatore una priorità ontologica o una prevalenza assiologica di alcuni interessi rispetto ad altri, sicché è rimesso all'amministrazione effettuare un adeguato e proporzionato bilanciamento degli interessi coinvolti.

Come già visto, le eccezioni relative *"implicano e richiedono un bilanciamento da parte della pubblica amministrazione, in concreto, tra l'interesse pubblico alla conoscibilità e il danno all'interesse - limite, pubblico o privato, alla segretezza e/o alla riservatezza; e ciò grazie ad una equilibrata applicazione del limite previsto dall'art. 5 bis, comma 2, c), del D. lgs. 33/2013, secondo un canone di proporzionalità, proprio del test del danno (c.d. harm test), che preservi il know-how industriale e commerciale dell'aggiudicatario o di altro operatore economico partecipante senza sacrificare del tutto l'esigenza di una anche parziale conoscibilità di elementi fattuali, estranei a tale know-how o comunque ad essi non necessariamente legati.*

Parimenti, ma da altra angolazione, quantunque l'interesse del richiedente non necessariamente debba essere altruistico o sociale né deve sottostare ad un giudizio di meritevolezza, cionondimeno questo non deve essere pretestuoso o contrario a buona fede. *"Sarà così possibile e doveroso evitare e respingere: richieste manifestamente onerose o sproporzionate e, cioè, tali da comportare un carico irragionevole di lavoro idoneo a interferire con il buon andamento della pubblica amministrazione; richieste massive uniche (v., sul punto, Circolare FOIA n. 2/2017, 7, lett. d; Cons. St., sez. VI, 13 agosto 2019, 5702), contenenti un numero cospicuo di dati o di documenti, o richieste*

massive plurime, che pervengono in un arco temporale limitato e da parte dello stesso richiedente o da parte di più richiedenti ma comunque riconducibili ad uno stesso centro di interessi; richieste vessatorie o pretestuose, dettate dal solo intento emulativo, da valutarsi ovviamente in base a parametri oggettivi”.

L’accesso civico generalizzato, in ultima istanza “non può finire per intralciare proprio il funzionamento della stessa, sicché il suo esercizio deve rispettare il canone della buona fede e il divieto di abuso del diritto, in nome, anzitutto, di un fondamentale principio solidaristico (art. 2 Cost.)”.

Nonostante l’ampio raggio d’azione dell’accesso civico generalizzato, la casa di vetro emblematica, di una pubblica amministrazione trasparente, dispone dunque ancora di un funzionante, seppur debole, “sistema di tende”, ossia il filtro valutativo sulle eccezioni relative e sulle istanze pretestuose o contrarie a buona fede di cui s’è detto.

Conclusivamente, l’Adunanza Plenaria enuncia sulle questioni poste i seguenti principi di diritto, anche ai sensi dell’art. 99, comma 5, c.p.a.:

1. la pubblica amministrazione ha il potere-dovere di esaminare l’istanza di accesso agli atti e ai documenti pubblici, formulata in modo generico o cumulativo dal richiedente senza riferimento ad una specifica disciplina, anche alla stregua della disciplina dell’accesso civico generalizzato, a meno che l’interessato non abbia inteso fare esclusivo, inequivocabile, riferimento alla disciplina dell’accesso documentale, nel qual caso essa dovrà esaminare l’istanza solo con specifico riferimento ai profili della L.n. 241/1990, senza che il giudice amministrativo, adito ai sensi dell’art. 116 c.p.a., possa mutare il titolo dell’accesso, definito dall’originaria istanza e dal conseguente diniego adottato dalla pubblica amministrazione all’esito del procedimento;
2. è ravvisabile un interesse concreto e attuale, ai sensi dell’art. 22 della L.n 241/1990, e una conseguente legittimazione, ad avere accesso agli atti della fase esecutiva di un contratto pubblico da parte di un concorrente alla gara, in relazione a vicende che potrebbero condurre alla risoluzione per inadempimento dell’aggiudicatario e quindi allo scorrimento della graduatoria o alla riedizione della gara, purché tale istanza non si traduca in una generica volontà da parte del terzo istante di verificare il corretto svolgimento del rapporto contrattuale;

3. la disciplina dell'accesso civico generalizzato, fermi i divieti temporanei e/o assoluti di cui all'art. 53 D.lgs. 50/2016, 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* D.lgs. 33/2013 in combinato disposto con l'art. 53 e con le previsioni della L.n. 241/1990, 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.

3.3 La recente pronuncia della Corte di Giustizia Europea C-927/19 del 7 settembre 2021

Anche la giurisprudenza europea si è recentemente pronunciata sul diritto di accesso in materia di procedure ad evidenza pubblica.

Nello specifico, il 17 dicembre 2019 la Corte Suprema Lituana ha sottoposto alla Corte di Giustizia Europea le seguenti questioni pregiudiziali:

1. nel caso in cui un operatore economico abbia avviato una procedura di ricorso per contestare l'aggiudicazione di un appalto, l'amministrazione aggiudicatrice deve sempre fornire tutti i dettagli dell'offerta che il ricorrente intende contestare **indipendentemente dalla loro natura riservata?**
2. l'amministrazione aggiudicatrice **deve in ogni caso fornire una risposta chiara**, esaustiva e precisa, a prescindere dal rischio di divulgazione delle informazioni riservate relative all'offerta che le sono state presentate?
3. la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di non concedere l'accesso alle informazioni riservate può essere **impugnata separatamente dinanzi a un giudice?**

Ciò che sostanzialmente il giudice lituano si domanda è se i) sussista in capo all'amministrazione l'obbligo di comunicare all'operatore economico istante tutte le informazioni contenute nella documentazione richiesta, comprese le informazioni riservate

in essa contenute e se ii) la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di concedere o meno l'ostensione della documentazione debba essere adeguatamente motivata.

Al fine di fornire una risposta esaustiva, con la sentenza oggi in commento la Corte di Giustizia Europea ha provveduto all'interpretazione delle disposizioni pertinenti delle Direttive 2014/24 e 89/665, le quali prevedono norme specifiche applicabili alle amministrazioni aggiudicatrici e ai giudici nazionali per quanto concerne la tutela della riservatezza dei documenti loro sottoposti nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Anzitutto, dalle disposizioni della Direttiva 2014/24 risulta che un'amministrazione aggiudicatrice - a cui sia stata presentata da un operatore economico una richiesta di comunicazione di informazioni considerate riservate contenute nell'offerta di un altro concorrente - **non deve, in linea di principio, comunicare tali informazioni.**

Inoltre, per decidere se e quanto concedere in ostensione, la stazione appaltante non può semplicemente allinearsi all'apodittica affermazione del controinteressato sulla natura riservata delle informazioni da lui trasmesse; essa al contrario deve, da un lato, richiedere all'operatore controinteressato **elementi di prova supplementari per dimostrare la natura realmente riservata delle informazioni** alla cui divulgazione esso si oppone e, dall'altro, motivare adeguatamente la decisione di concedere o meno l'ostensione della documentazione richiesta.

Difatti, **l'obbligo di motivazione delle decisioni adottate dalla autorità nazionali riveste particolare importanza** in quanto consente ai destinatari di difendere i loro diritti e di decidere con piena cognizione di causa se occorra proporre un ricorso giurisdizionale contro di esse. Tale obbligo è altresì necessario per consentire ai giudici di esercitare un controllo di legittimità su dette decisioni e costituisce quindi una delle condizioni dell'effettività del controllo giurisdizionale garantito dall'articolo 47 della Carta. Proprio a tal fine, l'amministrazione aggiudicatrice deve dunque **indicare chiaramente i motivi** per i quali ritiene che le informazioni alle quali viene chiesto l'accesso siano totalmente o parzialmente riservate, e deve altresì comunicare in una forma neutra il loro contenuto essenziale all'offerente che li richiede.

Dall'altro lato, il principio della tutela delle informazioni riservate e dei segreti commerciali

deve essere attuato in modo da **conciliarlo (*rectius* bilanciarlo)** con le esigenze di **effettività della tutela giurisdizionale** e con il rispetto del diritto di difesa delle parti della controversia (sentenza del 14 febbraio 2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, punti 51 e 52 e giurisprudenza citata).

Per questo motivo, l'istante che ritiene che la decisione presa dall'amministrazione comprima il suo diritto di difesa può certamente agire in giudizio affinché il giudice verifichi che l'amministrazione aggiudicatrice abbia correttamente ritenuto riservate le informazioni non concesse in ostensione verificando l'adeguatezza della motivazione; per essere in grado di decidere con piena cognizione di causa, il giudice dovrà necessariamente poter disporre delle informazioni necessarie, ivi comprese le informazioni riservate e i segreti commerciali (v., in tal senso, sentenza del 14 febbraio 2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, punto 53).

Nel caso in cui il giudice riterrà che l'amministrazione ha deciso correttamente sulla riservatezza delle informazioni e motivato in maniera sufficiente, il comportamento dell'amministrazione aggiudicatrice non potrà più essere contestato.

Dunque, riassumendo:

1. *“un'amministrazione aggiudicatrice, alla quale un operatore economico abbia presentato una richiesta di comunicazione delle informazioni considerate riservate contenute nell'offerta di un altro concorrente, non è tenuta a comunicare tali informazioni qualora la loro trasmissione comporti una violazione delle norme del diritto dell'Unione relative alla tutela delle informazioni riservate, e questo anche nel caso in cui la richiesta dell'operatore economico sia presentata nell'ambito di un ricorso di tale medesimo operatore vertente sulla legittimità della valutazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dell'offerta del concorrente;*
2. *qualora rifiuti di trasmettere tali informazioni, l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a effettuare un bilanciamento tra il diritto del richiedente a una buona amministrazione e il diritto del concorrente alla tutela delle sue informazioni riservate in modo che la sua decisione di rifiuto o la sua decisione di rigetto siano motivate e il diritto ad un ricorso efficace di cui beneficia un offerente escluso non venga privato di effetto utile;*
3. *il giudice nazionale è tenuto a effettuare un bilanciamento tra il diritto del richiedente*

di beneficiare di un ricorso effettivo e il diritto del suo concorrente alla tutela delle sue informazioni riservate e dei suoi segreti commerciali. A tal fine, detto giudice deve procedere a un esame di tutti gli elementi di fatto e di diritto pertinenti.”

CONCLUSIONI

Non vi sono dubbi che a livello ideologico la progressiva massima trasparenza alla quale si sta convertendo gradualmente la Pubblica Amministrazione, specialmente nel settore dei contratti pubblici, debba essere accolta con grande favore, in quanto sicura espressione del principio democratico sancito dalla Carta Costituzionale che è alla base della sovranità popolare.

Tuttavia, non si può non tenere in considerazione l'altro lato della medaglia: il possibile “abuso” dell'accesso civico quale prezioso strumento di trasparenza amministrativa. Il rischio che il “diritto al controllo diffuso” venga utilizzato per la spasmodica ricerca di qualcosa che non va è infatti reale, e ciò potrebbe portare inevitabilmente ad un incremento di controversie con il timore che il fine non sia certo accertare il buon andamento della Pubblica Amministrazione.

Senza fasciarci la testa prima che si rompa, per ora possiamo solo limitarci a sperare senz'altro in un corretto utilizzo dei preziosi istituti sopra descritti.

L'AUTRICE

avv.

**ELEONORA
PETTAZZONI**



L'avv. Eleonora Pettazzoni collabora con lo Studio Legale Stefanelli&Stefanelli nel settore del diritto amministrativo e degli appalti pubblici. In particolare, fornisce consulenza e assistenza legale alle imprese e alle Amministrazioni Pubbliche, nelle fasi pre e post-gara e nella gestione di contenziosi, anche avanti al TAR.

Studio legale Stefanelli&Stefanelli

Sedi

Bologna: Via Azzo Gardino 8/A - 40122

Milano: Via Nino Bixio, 31 - 20129

Roma: Palazzo Marignoli - Piazza di San Silvestro, 8 - 00187

Venezia: Sestiere Castello 2388 - 30122

E-mail: info@studiolegalestefanelli.it

Edizione: novembre 2021

Tutti i diritti di traduzione, di riproduzione, di adattamento, totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati. Ogni permesso deve essere dato per iscritto dall'editore.