



Angelo Badano - Valter Borrello

L'accesso agli atti in materia di gare d'appalto tra Codice e giurisprudenza

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La tipologia dell'accesso agli atti amministrativi. – L'accesso civico semplice. - 4. L'accesso civico generalizzato. - 5. L'accesso agli atti di gara. 6. Conclusioni. – 7. *Documentazione*.

1. *Premessa.*

La nozione di trasparenza, principio fondamentale dell'azione amministrativa, è mutata nel tempo. Si è assistito, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, a diversi e a interventi del legislatore di carattere sia generale sia settoriale, e a diverse pronunce della giurisprudenza nazionale ed europea, che hanno determinato una nuova concezione della trasparenza. Perciò, ad oggi, la trasparenza va considerata come funzionale non più solo alla partecipazione procedimentale e al controllo di legittimità dell'azione amministrativa ma, in una visione più ampia, anche ad un controllo di tipo diffuso e democratico dell'amministrazione nel suo complesso¹.

Alla mutazione del principio di trasparenza si è accompagnata parallelamente l'evoluzione dell'istituto dell'accesso agli atti. All'accesso denominato accesso classico o accesso documentale, previsto dalla l. 241/90, si sono aggiunte, le figure dell'accesso civico semplice, introdotto dal d.lgs. 33/2013, a sua volta modificato con il d.lgs. 97/2016, che ha introdotto il diritto di accesso civico generalizzato denominato anche accesso "universale". Successivamente, il legislatore è intervenuto al fine di disciplinare l'istituto del diritto di accesso nella materia dei contratti pubblici dettando, all'articolo 53 del d.lgs. 50/2016, disposizioni normative finalizzate a regolamentare l'istituto dell'accesso nell'ambito di una materia, particolarmente delicata e radicata nel diritto unionale, qual è quella degli appalti pubblici.

2. *La tipologia dell'accesso agli atti amministrativi.*

Posta questa premessa, giova procedere con una breve disamina degli istituti del diritto di accesso, alla luce del quadro legislativo sovra indicato, tenendo conto delle questioni sorte in dottrina e in giurisprudenza in merito all'ambito di applicazione dei singoli istituti.

L'accesso procedimentale (*o documentale*)² ex artt. 22 e ss. della legge n. 241/1990 è stato considerato quale punto di emersione del principio di trasparenza e ritenuto, in virtù delle sue rilevanti finalità di interesse pubblico, principio generale dell'attività amministrativa che intende garantire la partecipazione dei cittadini al procedimento amministrativo assicurando, al contempo, l'imparzialità e la trasparenza dell'azione amministrativa.

¹ R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV, Nel Diritto Editore, Molfetta, 2020, 553 ss.

² In ordine all'accesso documentale, la dottrina riconosce due distinte tipologie:

- *l'accesso conoscitivo*, disciplinato dall'articolo 22 della legge n. 241/1990, finalizzato ad assicurare la garanzia e la trasparenza dello svolgimento imparziale dell'azione amministrativa e

- *l'accesso endo-procedimentale o partecipativo*, teso invece a consentire inoltre l'apporto dei soggetti interessati all'azione amministrativa, in contraddittorio con la P.A. e porre rimedio ad eventuali errori che renderebbero il derivante provvedimento viziato da illegittimità.



tecniche normative

La natura giuridica del diritto d'accesso è stata al centro di un'annosa *querelle* tra dottrina e giurisprudenza. Si è dibattuto a lungo se qualificare la pretesa all'ostensione del documento come una situazione soggettiva di diritto soggettivo o di interesse legittimo.

Un primo orientamento, recepito, peraltro, dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16/1999, ha sposato la tesi della natura d'interesse legittimo del diritto di accesso, suffragando tale tesi in virtù di una serie di argomentazioni. In primo luogo, sul piano letterale, benché l'art. 22 della l. 241/90, novellato dalla l. 15/2005, definisca l'accesso come "*Il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi*", si è ritenuto che, nel contesto della previsione normativa, il termine "diritto" rivestisse carattere "atecnico", essendo stato utilizzato da parte del legislatore per dare enfasi al fondamento costituzionale, ex artt. 21, 24, 97 Cost., attribuito alla posizione sostanziale di chi presenta un'istanza di accesso.

Come ulteriore argomentazione, è stato evidenziato come sull'istanza sull'accesso si debba provvedere con atto motivato, e come l'adozione di tale atto comporti una valutazione comparativa degli interessi in campo: quelli dell'amministrazione, del privato istante e degli eventuali controinteressati. Poiché il conflitto d'interessi che sorge normalmente a seguito dalla presentazione dell'istanza va risolto sulla base di un giudizio di prevalenza, ad avviso di tale orientamento, la tutela del diritto di accesso si realizza con l'impugnazione di un provvedimento autoritativo con cui l'amministrazione regola un certo conflitto di interessi che però è destinato a incidere su una situazione soggettiva da qualificarsi come interesse legittimo. L'assetto d'interessi può essere modificato dal destinatario solo a seguito dell'impugnazione del provvedimento dell'amministrazione destinato a incidere sfavorevolmente nei suoi confronti che deve essere presentata entro un termine di decadenza. Tale termine è da considerarsi incompatibile con la natura di diritto soggettivo della posizione che vi è assoggettata.

Secondo un diverso orientamento dottrinale e giurisprudenziale, il diritto di accesso possiede, invece, la natura giuridica di diritto soggettivo. A sostegno, sono state poste diverse argomentazioni. In *primis*, si è richiamato il carattere vincolato dei poteri rimessi all'amministrazione nell'esaminare l'istanza di accesso, poteri che devono limitarsi a verificare la sussistenza dei presupposti di legge e l'assenza di elementi ostativi. Inoltre, contrariamente a quanto sostenuto dal precedente orientamento, il dato letterale è tutt'altro che irrilevante e non può essere qualificato come inserito dal legislatore in senso atecnico posto che le fonti normative fanno più volte ricorso al termine diritto. Ulteriore motivazione a sostegno della tesi si desume dall'art. 29 della l. 241/90, come modificato dalla legge n. 69/99, che include il diritto di accesso nei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali di cui all'art. 117 Cost., nonché dalla riconduzione del giudizio relativo all'accesso alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Questa seconda tesi è riconosciuta come prevalente anche se, ad oggi, la *vexata quaestio* riguardo alla natura giuridica del diritto di accesso parrebbe aver perso rilevanza. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, infatti, con una decisione (n. 6 del 2006) improntata a pragmatismo³, ha emarginato la questione, scegliendo di inquadrare il diritto di accesso come situazione soggettiva che non garantisce utilità finali, ma individua in capo al titolare poteri di natura procedimentale strumentali

³ R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 210 e ss. L'ambito di applicazione soggettivo è definito, in particolare, dal d.p.r. n. 184/2006 (Regolamento recante la disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi). Tale diritto è esercitabile nei confronti di tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario, da chiunque abbia un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è richiesto l'accesso.



tecniche normative

alla tutela di un interesse giuridicamente rilevante. Sulla posizione assunta dalla Plenaria del 2006, sembra convenire la giurisprudenza amministrativa allorché ha stabilito che *“la situazione giuridica per la cui tutela è attribuito il diritto di accesso è diversa e più ampia rispetto all’interesse all’impugnativa e non presuppone necessariamente una posizione soggettiva qualificata in termini di diritto soggettivo o interesse legittimo”*. (TAR Lombardia - Milano, Sez. IV 22 luglio 2009 n. 4413).

Un profilo di primaria importanza attiene alla titolarità dell’istituto del diritto di accesso documentale ovvero l’individuazione dei così detti soggetti “interessati”. L’art. 22 della l. 241 individua quali *“interessati”*, tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l’accesso.⁴

La disposizione, quindi, è volta a perimetrare l’ambito soggettivo dell’esercizio del diritto di accesso e conferma l’impostazione tradizionale che esclude che l’accesso possa trasformarsi e diventare un’azione popolare diretta al controllo generalizzato dell’attività dell’amministrazione pubblica con lo scopo di verificare che l’attività amministrativa sia conforme al principio di trasparenza e ai principi costituzionali attinenti allo svolgimento dell’attività stessa parametrati al caso concreto.

Anche l’Adunanza Plenaria (sent. n. 7 del 2012) aderisce a questa impostazione, e, in particolare, afferma come l’interesse legittimante la richiesta di accesso, oltre a essere serio e non emulativo, debba essere personale e concreto: l’interesse, cioè, deve essere riconducibile al soggetto istante che vuole difendere una propria posizione qualificata meritevole di tutela secondo l’ordinamento, non essendo sufficiente il mero interesse del cittadino al buon andamento e all’imparzialità dell’attività amministrativa (peraltro a tenore dell’art. 24 comma 2 della l. 15/2015, *“sono inammissibili istanze di accesso “preordinate ad un controllo generalizzato dell’operato delle pubbliche amministrazioni”*).

L’istante deve esplicitare le ragioni sottese alla propria richiesta, mentre occorre, altresì, accertare un *“collegamento tra la situazione giuridica soggettiva ed i documenti richiesti (ex multis, Consiglio di Stato, sezione V, 9 marzo 2020, n. 1664)*. Sono considerati quali *“controinteressati”* all’accesso, tutti quei soggetti (pubblici o privati), individuati o facilmente individuabili, che, dall’esercizio del diritto di accesso, vedrebbero compromettere il loro diritto alla riservatezza (*ex multis, Consiglio di Stato, sezione VI, 2 gennaio 2020, n. 30*).

L’accesso può essere *informale* (qualora in base alla natura del documento richiesto *non risulti l’esistenza di controinteressati*) oppure *formale* (qualora la Pubblica Amministrazione cui è indirizzata la richiesta di accesso *individui soggetti controinteressati*, inviti l’interessato a presentare *richiesta formale di accesso* ed è tenuta a dare *comunicazione* agli stessi, inviando copia mediante lettera raccomandata A.R. o PEC).

A loro volta i soggetti controinteressati sono individuati tenuto anche conto del contenuto degli atti connessi e possono, nel termine di dieci giorni dalla ricezione della predetta comunicazione, presentare *motivata opposizione*, alla richiesta di accesso. Decorso tale termine (ad accertata avvenuta

⁴ L’ambito di applicazione soggettivo è definito, in particolare, dal d.p.r. n. 184/2006 (Regolamento recante la disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi). Tale diritto è esercitabile nei confronti di tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario, da chiunque abbia un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è richiesto l’accesso.



tecniche normative

ricezione della comunicazione) si provvede in ordine all'accesso (entro 30 giorni dalla richiesta ovvero dalla sua assunzione al protocollo generale), decorso il quale l'istanza si intende respinta.

Quanto all'oggetto è considerato qualsiasi documento amministrativo ossia ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica e di qualunque altra specie, del contenuto di atti (anche interni o non relativi ad uno specifico provvedimento) detenuti da una Pubblica Amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale (in caso di documento irreperibile, la Pubblica Amministrazione, non potendo limitarsi a dichiarare la non reperibilità della stessa, deve provvedere altresì ad attestare tale indisponibilità e dare conto dell'istruttoria di ricerca).⁵

Le modalità di esercizio sono disciplinate dall'articolo 25 della l. n. 241/1990 nonché dal regolamento di cui al d.p.r. n. 184/2006 e consistono nell'esame ovvero nell'estrazione di copia dei documenti amministrativi, richiesti con istanza motivata rivolta all'Amministrazione (*o sua struttura/ufficio/servizio/direzione*) che ha redatto il documento o che lo detiene stabilmente. Va opportunamente richiamata, inoltre, la differenza tra accesso (consistente nel diritto di visionare e ottenere copia dei documenti amministrativi) e accessibilità (consistente nel diritto di acquisire dati, informazioni e documenti tramite i siti istituzionali delle amministrazioni, senza alcuna limitazione o necessità di autenticazione). L'art. 24 della medesima legge definisce in modo tassativo le ipotesi di esclusione dell'accesso. È inoltre previsto che, con regolamento adottato ai sensi dell'art. 17, comma 2, l. 400/88, il Governo possa prevedere casi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi a tutela di determinati diritti sulla base del bilanciamento degli interessi in campo. I limiti all'accesso possono essere classificati in tassativi ed eventuali. I limiti tassativi sono previsti direttamente dalla legge per la tutela di preminenti interessi pubblicistici e non sono derogabili dalla P.A. I limiti eventuali sono individuati dalla P.A. mediante il regolamento governativo di cui al comma 6, al fine di tutelare alcuni interessi primari individuati dalla legge: sicurezza nazionale, politica monetaria e valutaria, ordine pubblico e riservatezza. Il comma 7, poi, come criterio di bilanciamento, individua il diritto alla difesa ed alla tutela degli interessi giuridici, che assume praticamente la funzione di controlimite. L'accesso c.d. difensivo deve essere comunque garantito anche in contrasto con l'operatività di uno dei limiti cui si è fatto riferimento.

3. L'accesso civico semplice.

Si è rilevato in premessa come l'istituto del diritto di accesso sia evoluto parallelamente al principio di trasparenza.

Con il d.lgs. n. 33/2013, cd. Testo unico per la trasparenza, è stata introdotta all'interno dell'ordinamento giuridico italiano la nozione di accesso civico che va ad affiancare la nozione di accesso documentale di cui agli artt. 21 e ss. della l. n. 241/90. Più precisamente il legislatore ha previsto due tipologie di accesso civico: l'accesso c.d. semplice e l'accesso civico generalizzato introdotto con il decreto legislativo n. 97/2016, che ha novellato il citato d.lgs. n. 33/2013, che consente ai cittadini di chiedere alle amministrazioni di pubblicare le informazioni o i dati per i quali lo stesso decreto prevede un obbligo qualora tale obbligo sia rimasto inadempito.

⁵ Per approfondimenti in materia d'irreperibilità della documentazione richiesta, v. TAR Lombardia, Milano, 20 gennaio 2020, n. 343.



tecniche normative

La prima forma di accesso civico, il cd accesso semplice, trova la sua disciplina al comma 1 dell'art. 5 del d.lgs. 33/2013 per cui *“L'obbligo previsto dalla normativa, vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione”*. Il legislatore del 2013 riconosce a chiunque un diritto soggettivo a conoscere (cd. “Right to Know”), una serie di dati, documenti e informazioni per i quali sussiste uno specifico obbligo di pubblicazione in capo alle pubbliche amministrazioni. Dalla lettura del testo normativo, appare evidente la volontà del legislatore di far corrispondere al dovere gravante in capo alle pubbliche amministrazioni, il diritto del privato di accedere ai documenti, dati e informazioni interessati all'inadempienza. Uno dei tratti caratterizzanti il diritto di accesso semplice attiene al fatto che in capo al richiedente non sorge un obbligo di motivare l'istanza dell'accesso. Si ritiene che la *ratio* di questa scelta del legislatore risieda nel fatto che oggetto della richiesta di ostensione sono proprio quei documenti che devono essere pubblicati *ex lege* dalle Pubbliche amministrazioni all'interno dell'apposita sezione “Amministrazione trasparente” presente sui siti istituzionali di ciascuna di esse. Si tratta, quindi, dell'accesso a quegli atti e a quei documenti di per sé pubblici e come tali conoscibili e fruibili gratuitamente da parte di ogni cittadino.

Nel d.lgs. n. 33/2013 sono individuati gli obblighi di pubblicazione delle pubbliche amministrazioni a seconda delle competenze attribuite per materia a ciascuna di esse.

In particolare, con riferimento ad alcuni profili di pubblicazione obbligatoria va ricordato che, dal combinato disposto dall'articolo 37 del d.lgs. n. 33/2013 e dall'articolo 29, più volte novellato, d.lgs. n. 50/2016 si desume la disciplina in materia degli obblighi di pubblicazione, fatta salva la pubblicità legale (siti informatici, GURI – GUCE, avvisi su quotidiani, ecc.), nel settore degli appalti pubblici.

L'articolo 29 citato, tuttavia, non indica in maniera esaustiva gli atti assoggettati ad obbligo di pubblicazione, ed è pertanto fatto rinvio alla delibera ANAC n. 1310/2016 (Linee guida “Trasparenza”)⁶.

Il diritto civico semplice non si sovrappone con il diritto di accesso documentale ma se ne differenzia per almeno quattro ragioni. In primo luogo, la base applicativa: essa non è costituita da tutti i documenti amministrativi, come prevede l'art. 22 comma 3, l. n. 241/90 per l'accesso documentale, ma di soli documenti e dati per i quali la legge prevede, a carico dell'amministrazione, un obbligo di pubblicazione. In secondo luogo, non è richiesto il requisito legittimante che implica la titolarità di un interesse concreto e attuale ma è sufficiente addurre il ritenuto inadempimento della pubblicazione. A fronte dell'istanza dell'accesso civico non sussistono controinteressati da individuare poiché la valutazione circa la necessità della relativa tutela è stata fatta *ex ante* dal legislatore che ha perimetrato i limiti entro i quali sussistono a carico dell'amministrazione obblighi di pubblicazione. Il procedimento adottato con l'istanza di accesso civico deve concludersi con provvedimento espresso e motivato, poiché il legislatore non ha qualificato il comportamento silente della P.A., come per l'accesso documentale *ex art. 22*, come silenzio rigetto. In sostanza, quindi, il diritto di accesso civico si aggiunge a quello documentale non ne inficia la portata applicativa.

Non si può escludere, quindi, che colui che sia titolare di una posizione differenziata, in presenza dei presupposti di cui all'art. 5, comma 1, decida di fare ricorso all'accesso civico. È lasciata in capo all'interessato la facoltà di scelta della forma di accesso maggiormente soddisfattiva alle sue esigenze.

⁶Autorità Nazionale Anticorruzione, Delib. n. 1310/2016, *Prime linee guida recanti indicazioni sull'attuazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni contenute nel d.lgs. 33/2013 come modificato dal d.lgs. 97/2016*.



tecniche normative

In alcune pronunce, peraltro, (Cons di Stato sez. V, 23 febbraio 2018, n. 11148) la giurisprudenza ha affermato che se gli atti di cui si chiede l'accesso documentale sono sottoposti a pubblicazione obbligatoria l'accesso civico, per il quale non vi è obbligo di motivazione, si sostituisce a quello documentale.

4. L'accesso civico generalizzato,

Il d.lgs. n. 97/2016, in attuazione della legge delega recata dalla l. n. 124/2015, cd. "Legge Madia", ha modificato il d.lgs. 33/2013 introducendo, al comma 2 dell'art. 5 la figura dell'accesso civico generalizzato detto anche accesso "universale".

Si tratta di una figura giuridica prevista sulla falsariga del modello anglosassone del "FOIA"⁷, grazie a cui si ampliano le possibilità di conoscere mediante l'accesso civico. Dalla lettura del testo, infatti, emerge con nettezza la differenza tra l'accesso civico semplice e l'accesso generalizzato. In base alla modifica introdotta dal legislatore del 2016 si passa dalla possibilità di presentare l'istanza per l'accesso solo come rimedio alla mancata pubblicazione di dati, e quindi finalizzata a chiedere l'adempimento dell'obbligo di pubblicazione, a una configurazione del diritto all'informazione come regola generale dell'ordinamento, con il solo limite derivante da esigenze di riservatezza, segretezza e tutela di determinati interessi pubblici e privati che diventano l'eccezione alla stregua degli ordinamenti caratterizzati dal modello Foia⁸.

Con questa nuova figura di diritto di accesso, riconosciuta in capo a chiunque, e che ha a oggetto tutti i dati, i documenti e le informazioni detenuti dalle Pubbliche Amministrazioni ulteriori rispetto a quelli per i quali è stabilito un obbligo di pubblicazione, si è concretizzato il passaggio dal bisogno di conoscere al diritto di conoscere (*from need to right to Know*): ovvero da una forma di trasparenza di tipo "proattivo", realizzata con la pubblicazione obbligatoria sui siti web di determinati enti dei dati e delle notizie indicati dalla legge, ad una trasparenza di tipo "reattivo", quale risposta alle istanze di conoscenza avanzate dagli interessati⁹.

Il legislatore del 2016, poi, nell'ottica di bilanciare l'estensione dell'ambito applicativo dell'accesso generalizzato, ha introdotto, nel testo del d.lgs. n. 33/2013, l'art. 5-bis, recante la disciplina relativa ad esclusioni e limiti all'accesso generalizzato. Si tratta di limiti ed esclusioni che si frappongono a un accesso ben più esteso di quello disciplinato dalla l. n. 241/90, poiché non individua requisiti legittimanti, posto che è riconosciuto a "chiunque" la titolarità al diritto di accesso.

Proprio per questa ragione, detti limiti sono previsti in termini più stringenti rispetto a quelli che l'art. 24 della l. n. 241/90 prevede con riguardo all'accesso classico. Va tenuto conto, peraltro, che divergono non solo i limiti riguardanti le due tipologie di accessi che la legge frapponne alla loro azionabilità, ma anche la forza di resistenza di cui riconosciuta agli stessi diritti nel contrapporsi alle esigenze sottese all'uno o all'altro tipo di accesso. Senza dubbio l'accesso documentale o classico, richiesto per difendere una situazione soggettiva di cui l'istante all'accesso è titolare, potenzialmente può superare la capacità di resistenza di alcuni limiti, che pure la legge prevede anche per

⁷ *Freedom of Information Act.*

⁸ M.A. SANDULLI, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, 137 ss.

⁹ V. A. GASBARRI, [La prevenzione della corruzione e la trasparenza negli appalti pubblici](#), Formazione IFEL per i Comuni – Fondazione ANCI.



tecniche normative

quell'accesso, ben più elevata rispetto a quella propria del mero accesso generalizzato, azionabile da chiunque al solo fine di meglio partecipare al dibattito pubblico, come prevede l'art. 5, comma 2.

Mutano anche i parametri che l'amministrazione deve utilizzare nell'effettuare il bilanciamento nei due distinti accessi con i limiti che la legge prevede per l'uno e per l'altro. Non può escludersi che l'amministrazione respinga un'istanza di accesso generalizzato, poiché richiesta con riferimento ad un atto oggetto di una esclusione prevista dall'art. 5-bis del d.lgs. n. 33/2013 ma consenta l'accesso accogliendo la diversa istanza di accesso documentale, in specie se proposto ai sensi dell'art. 24, comma 7, l. 241/90, in funzione di difesa della situazione soggettiva dell'accedente.

In merito alla problematica riguardante il bilanciamento tra il diritto soggetto, documentale e il diritto di accesso generalizzato va richiamata, a seguito dell'ordinanza di rimessione n. 8501 della sez. III del Consiglio di Stato del 16 dicembre 2019, l'importantissima pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10 del 2020, che riguardano l'ipotesi in cui l'Amministrazione, accertata la carenza di un interesse differenziato in capo al soggetto che abbia presentato un'istanza di accesso *ex lege* n. 241 del 1990, ritenga tuttavia sussistenti le condizioni dell'accesso civico generalizzato di cui al d.lgs. n. 33/2013.

Secondo la Plenaria deve ammettersi il concorso degli accessi, ben potendo l'Amministrazione, investita di un'istanza di accesso documentale, esaminarla anche sotto il profilo dell'accesso civico generalizzato, laddove l'istanza contenga sostanzialmente tutti gli elementi utili a consentirne un vaglio sotto il profilo civico, salvo che l'istante non indichi espressamente a quale modalità intende riferirsi nella sua istanza. Posto che i due tipi di accesso differiscono per finalità, requisiti procedurali, la Pubblica amministrazione nel rispetto del principio del contraddittorio con eventuali controinteressati, deve esaminare l'istanza nel suo complesso evitando inutili formalismi ed aggravii procedurali, in ossequio al principio di stretta necessità che governa la materia. In conclusione *“ogni qualvolta, l'istanza, non faccia riferimento in modo specifico e circostanziato alla disciplina dell'accesso procedimentale o a quella dell'accesso civico generalizzato e non ha inteso ricondurre o limitare l'interesse ostensivo all'una o all'altra disciplina, ma si muove sull'incerto crinale tra l'uno e l'altro, la Pubblica amministrazione ha il dovere di rispondere, in modo motivato, sulla sussistenza o meno dei presupposti dell'una e dell'altra forma di accesso, laddove essi siano stati comunque, e sostanzialmente, rappresentati nell'istanza”*. Le due fattispecie di accesso, infatti, si completano vicendevolmente senza confondersi, presupponendo un diverso bilanciamento di interessi: più approfondito ove venga in rilievo l'ipotesi di accesso documentale, meno incisivo nel caso di accesso civico generalizzato *“in quanto le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso meno in profondità (se del caso, in relazione all'operatività dei limiti), ma più esteso, avendo presente che l'accesso in questo caso comporta di fatto, un larga conoscibilità (e diffusione) di dati, documenti e informazioni”*.

5. L'accesso agli atti di gara.

Come si è avuto modo di affermare in premessa gli interventi del legislatore in materia di accesso hanno riguardato, oltre l'ambito generale dell'ordinamento amministrativo, anche singoli settori. Particolare importanza riveste la materia dei contratti pubblici laddove l'istituto del diritto di accesso è stato previsto e disciplinato dall'art. 53 (Accesso agli atti e riservatezza) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici).



tecniche normative

Per l'accesso agli atti delle procedure di affidamento dei contratti pubblici vi è stato un intervento ad hoc da parte del legislatore che ha ritenuto di regolare l'istituto dell'accesso agli atti con una disciplina di carattere speciale rispetto alla normativa generale contenuta nella l. 241/90 sul procedimento amministrativo. Il citato art. 53, che riproduce sostanzialmente le disposizioni in precedenza contenute nell'art. 13 del previgente d.lgs. n. 163 del 2016, contiene specifiche previsioni in materia di accesso agli atti delle procedure di affidamento al fine di garantire, proprio in quel settore, esigenze peculiari, non ritenute a sufficienza tutelate nella disciplina generale sull'accesso agli atti di cui alla legge n. 241/90.

In effetti, la normativa sull'accesso agli atti dei contratti pubblici è sorta dalla necessità di contemperare il principio di trasparenza dell'attività amministrativa con la tutela della segretezza delle offerte e di limitare o differire l'accesso a taluni atti, al fine di assicurare il regolare svolgimento delle procedure di gara. In particolare, si pongono le problematiche derivanti da un lato, dalle esclusioni dal diritto di accesso all'art. 53 comma 5, *sub a*) e dall'altro, dall'eccezione che consente l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto (c.d. "accesso difensivo", articolo 24, comma 7, della legge n. 241/1990). Ne emerge la necessità di equilibrare l'interesse delle stazioni appaltanti alla massima trasparenza delle decisioni stesse assunte con quello degli offerenti volto alla salvaguardia del c.d. "know how" industriale ovvero del complesso delle informazioni strategiche afferenti all'attività imprenditoriale.

Per "segreto industriale" e/o "know how" sono da intendersi quella parte dell'offerta o delle giustificazioni/spiegazioni in ordine all'anomalia della stessa che riguardano le specifiche e riservate capacità tecnico – industriali o gestionali proprie dell'impresa ovvero 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, che concorre a definire e qualificare la specifica competitività dell'impresa nel mercato aperto alla concorrenza¹⁰. Il divieto assoluto di divulgazione di tali informazioni, ex articolo 53 – comma V, lettera a) del Codice riguarda comunque i veri e propri "segreti industriali" fermo restando inoltre che la mera intenzione di verificare e sondare l'eventuale opportunità di proporre ricorso, in via giurisdizionale, non legittima assolutamente un accesso agli atti meramente esplorativo a informazioni riservate, in quanto verrebbe a mancare la dimostrazione della specifica e concreta indispensabilità a fini di giustizia¹¹.

Su quest'ultimo punto, il Consiglio di Stato, sez. V, sent. 1° luglio 2020, n. 4220, ha imposto, con particolare riferimento all'accesso difensivo e tutela dei segreti tecnici, industriali e commerciali, infatti, una gravosa e onerosa attività di bilanciamento d'interessi (da una parte il diritto di accesso e dall'altra il diritto alla riservatezza) che deve essere svolta, per ciascun differente caso, attraverso valutazioni rimesse alla discrezionalità delle stazioni appaltanti. In sostanza, il punto di equilibrio tra diritto di accesso e diritto alla riservatezza delle sensibili informazioni in argomento è costituito dal parametro della "stretta indispensabilità" di cui all'articolo 24, comma 7, secondo periodo, della legge n. 241/1990, il quale "giustifica la prevalenza dell'interesse di una parte di curare o difendere propri interessi giuridici" rispetto a quello della parte contrapposta (v. anche Consiglio di Stato, sez. VI, 11 aprile 2017, n. 1692). È, pertanto, onere del concorrente, che intende esercitare il c.d. "accesso difensivo" nei confronti di informazioni contenute nell'offerta o nei giustificativi della stessa, contenenti (eventuali) segreti tecnici o commerciali, dimostrare tale nesso di strumentalità tra la

¹⁰ *L'accesso civico negli appalti pubblici*, Dispensa di Diritto Amministrativo n. 2 – Corso di Perfezionamento giuridico 2020.

¹¹ Consiglio di Stato, sezione V, sent. 7 gennaio 2020, n. 64.



tecniche normative

documentazione oggetto dell'istanza e le censure formulate, non essendo sufficiente l'indicazione di un generico interesse alla tutela di posizioni giuridiche meritevoli di tutela, ma occorrendo, invece, dimostrare la concreta necessità di utilizzare la documentazione oggetto dell'istanza di accesso in uno specifico giudizio, onde anche evitare che tale strumento giuridico si traduca in forme di concorrenza sleale.

A bilanciare l'iniziativa, il concorrente che pone il diniego all'accesso a tali informazioni non potrà semplicemente limitarsi a dichiarare la riservatezza di tale documentazione, ma dovrà dimostrare che le informazioni di cui si richiede l'accesso costituiscono *“beni essenziali per lo sviluppo e per la stessa competizione qualitativa, prodotto patrimoniale della capacità ideativa o acquisitiva dell'impresa”* (v. anche gli artt. 98 e 99, d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, recante Codice della proprietà industriale). Di conseguenza, la produzione di un'istanza di accesso comporta per la stazione appaltante il coinvolgimento del concorrente controinteressato, nelle forme di cui alla disciplina di cui alla l. n. 241/1990, richiedendo una motivata valutazione delle argomentazioni offerte, ai fini dell'apprezzamento dell'effettiva rilevanza per l'operatività del regime di segretezza.

Il Consiglio di Stato ha in proposito statuito che: *“l'accesso agli atti di gara non è pacificamente sempre integrale a fronte della deduzione di esigenze di difesa, essendo sempre necessario, nel bilanciamento tra il diritto alla tutela dei segreti industriali e commerciali ed il c.d. – accesso difensivo –, l'accertamento dell'eventuale nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate”*. Se ne deduce che a fronte della comprovata e motivata dichiarazione rese dal controinteressato, *“l'interesse all'accesso ai documenti non può essere considerato in astratto né prescindere dalla dimostrazione della specifica e concreta disponibilità a fini di giustizia”*¹². Va ancora opportunamente richiamata la recente ordinanza 12 novembre 2020, n. 1401 del TAR Toscana – Firenze, sez. II¹³, la quale ha confermato l'obbligo dell'ostensione degli atti c.d. “preparatori” della *lex specialis* di gara (bando o documenti in esso richiamati) nel caso in cui l'appaltatore, interessato al procedimento, abbia presentato istanza di accesso al fine di predisporre una propria offerta ponderata e competitiva¹⁴. La già evocata sentenza del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria n. 10 del 2 aprile del 2020 oltre a essere intervenuta per dirimere il conflitto riguardante l'ambito applicativo del diritto di accesso generalizzato e del diritto di accesso documentale, si è pronunciata su due altre questioni afferenti alla materia dei contratti pubblici.

Ad un primo quesito concernente il diritto o meno di un concorrente di una gara pubblica ad accedere ex l. n. 241/90 agli atti della fase esecutiva del contratto sottoscritto con l'aggiudicatario, il giudice amministrativo ha dato risposta affermativa. Secondo la Plenaria, infatti, sarebbe irrilevante il fatto che nella fase esecutiva del rapporto negoziale trovino per lo più applicazione disposizioni di natura civilistica, poiché permane l'interesse pubblicistico alla realizzazione dell'opera e del servizio. Riguardo agli interessi pubblici afferenti alla fase dell'esecuzione, la Plenaria ha richiamato il principio di trasparenza e quello di concorrenza che, pur essendo indicati nel Codice dei contratti

¹² D. IMMORDINO, *Il Sole 24 Ore, Speciali – Appalti*, 17 luglio 2020.

¹³ Per approfondimenti, v. S. USAI, *Stazioni appaltanti obbligate ad assicurare l'accesso ai dati preparatori del bando, Norme e Tributi Plus – Enti Locali & Edilizia*, 17 novembre 2020.

¹⁴ Per Consiglio di Stato, ord. n. 2331/2019 un operatore economico, partecipante a una procedura di scelta del contraente, ha sempre, in linea di principio, il diritto di accedere a tutti gli atti che incidono in modo diretto e immediato sul suo interesse all'aggiudicazione. Se si fornisce una documentazione prodotta solo per stralci, ciò costituisce, di fatto, un diniego sostanziale di accesso agli atti, in diretta violazione dell'articolo 53, comma 6. d.lgs. n. 50/2016.



tecniche normative

pubblici solo con riferimento alla fase pubblicistica dell'affidamento di appalti e concessioni, costituiscono principi generali, sicché il loro rispetto nella fase di evidenza pubblica, incide, di riflesso, anche sulla fase esecutiva che deve rispettare e rispecchiare l'esito della gara. Di conseguenza, è *“ben evidente l'esistenza di situazioni giuridicamente tutelate in capo agli altri operatori economici, che abbiano partecipato alla gara e, in certe ipotesi, che non abbiano partecipato alla gara, interessati a conoscere illegittimità o inadempimenti manifestatisi dalla fase di approvazione del contratto sino alla sua completa esecuzione, non solo per far valere vizi originari dell'offerta nel giudizio promosso contro l'aggiudicazione, ma anche con riferimento alla sua esecuzione, per potere, una volta risolto il rapporto con l'aggiudicatario, subentrare nel contratto od ottenere la riedizione della gara con chance di aggiudicarsela”*¹⁵.

La Plenaria ha affrontato, poi, la questione relativa all'applicabilità dell'accesso civico generalizzato alla specifica materia dei contratti pubblici, ovvero se agli atti delle procedure di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici sia possibile accedere con lo strumento dell'accesso generalizzato di cui all'art. 5 comma 2, del d.lgs. n. 33/2013. La problematica è sorta con riferimento alla portata applicativa del comma 3 dell'art. 5-*bis* che esclude l'accesso generalizzato nei casi *“in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità e limiti”*. Si è posto il problema riguardante la portata applicativa di tale disposizione, ovvero se la stessa faccia riferimento alle discipline di settore, precludendo l'applicazione dell'istituto del diritto di accesso civico generalizzato tutte le volte in cui esistano specifiche previsioni normative che regolamentano diversamente per singole materie l'accesso.

Su simile questione si sono formati due orientamenti contrapposti. Un primo orientamento propende per la soluzione negativa, per cui i documenti concernenti le procedure di affidamento ed esecuzione di un appalto sarebbero sottoposti esclusivamente alla disciplina di cui all'art. 53 d.lgs. n. 50/2016 che richiama soltanto gli artt. 22 e ss. della l. n. 241/90, escludendo, pertanto, l'operatività dell'accesso civico generalizzato di cui all'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33 del 2013 alla materia dei contratti pubblici. Tal esclusione, sarebbe, inoltre, confortata dal fatto che si tratta comunque di documentazione che, da un lato, subisce un forte e penetrante controllo pubblicistico da parte di soggetti istituzionalmente preposti alla specifica vigilanza di settore (ANAC), e, dall'altro, coinvolge interessi privati di natura economica e imprenditoriale di per sé sensibili e quindi, teoricamente riconducibili alla causa di esclusione di cui all'art. 5-*bis*.

Per l'opposto orientamento, che è quello accolto dalla Plenaria n. 10/2020, l'accesso civico generalizzato è un istituto che trova applicazione anche nella materia dei contratti pubblici. Secondo quest'approccio giurisprudenziale l'argomento letterale che si fonda sul confronto tra le due previsioni normative ovvero l'art. 53, comma 1, del d.lgs. 50/2016 e l'5-*bis*, comma 3, non appare probante. Il

¹⁵ In materia esecutiva, si richiama TAR Lazio – Roma, sezione III Quater, sentenza 24 dicembre 2020, n. 13972, avente oggetto un contenzioso sul diritto delle imprese partecipanti ad una gara di accedere sia agli atti della gara stessa che a quelli relativi alla fase esecutiva, sulla scorta della quale, sussiste il diritto di un concorrente ad una gara d'appalto, avendone contestato l'esito, di accedere agli atti della medesima procedura di scelta del contraente, nel caso in cui la richiesta di accesso agli atti sia strumentale a supportare eventuali motivi contenuti nel relativo ricorso ovvero a dimostrare l'originaria inadeguatezza dell'offerta aggiudicataria dell'appalto; Il diritto di accesso può essere esercitato anche nei confronti di documenti aventi natura privatistica purché gli stessi siano concernenti attività di pubblico interesse; I documenti attinenti alla fase di esecuzione del contratto sono pertanto soggetti anch'essi all'esercizio del diritto di accesso. V. anche TAR Sicilia – Palermo, sez. II, 6 settembre 2018, n. 1905; TAR Lazio – Roma, sez. III, n. 11777/2015; Consiglio di Stato, sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1115, TAR Sicilia – Palermo, sez. I, 18 gennaio 2011, n. 68; TAR Lombardia – Milano, sez. I, 11 febbraio 2010, n. 373 e TAR Lombardia – Milano, sez. I 8 febbraio 2007, n. 209



tecniche normative

rinvio ad opera dell'art. 53, comma 1, alla sola disciplina dell'accesso ordinario e, conseguentemente l'omissione di un richiamo espresso all'accesso civico generalizzato, si configurerebbe, infatti, come un difetto di coordinamento del d.lgs. n. 97/2016, che in quanto successivo del d.lgs., avrebbe dovuto portare a coerenza i due testi. Da tale omissione, pertanto, non può desumersi l'esclusione dell'accesso generalizzato dalla materia dei contratti pubblici poiché ciò comporterebbe l'inutilità dell'art. 5 del d.lgs. n. 33/2013 che non troverebbe applicazione ogni qualvolta una disposizione di settore non lo richiami espressamente.

S'impone, quindi, secondo il Consiglio di Stato, una lettura coordinata dell'articolo 53 (che richiama in modo espresso solamente gli artt. 22 e ss. della l. n. 241/90) con l'art. 5-*bis* comma 2 del d.lgs. n. 33/2013, nella parte in cui questo esclude l'accesso generalizzato nei casi in cui l'accesso è subordinato a specifiche condizioni, modalità e limiti. L'interpretazione letterale della norma suesposta non permetterebbe di far coincidere "specifiche condizioni, modalità e limiti" con intere materie, se non a costo di vanificare l'applicazione del principio di trasparenza in una materia importante come quella dei contratti pubblici.

L'orientamento favorevole dell'applicazione dell'istituto dell'accesso generalizzato alla materia dei contratti pubblici fa sue, le ragioni sottese all'introduzione nel nostro ordinamento del diritto civico generalizzato al settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici. L'esperibilità dell'accesso civico generalizzato, una volta che la gara sia giunta a conclusione e non vi è più la par condicio dei concorrenti, è non solo conforme ai canoni generali del controllo diffuso sul perseguimento dei fini istituzionali e sull'impiego delle risorse pubbliche, ma anche inteso ad assicurare che le procedure di gara si svolgano nel rispetto del principio di trasparenza posto a base della prevenzione e contrasto della corruzione.

La portata applicativa dell'istituto del diritto all'accesso civico generalizzato va valutata alla luce dell'art. 97 Cost. valorizzando l'impatto orizzontale dell'accesso civico che può essere limitato non da norme preesistenti, ma solo da prescrizioni speciali da interpretarsi restrittivamente e che la nuova normativa ha introdotto al suo interno.

A sostegno dell'ammissibilità dell'accesso civico generalizzato agli atti di gara, va richiamato anche il dato strutturale. L'accesso agli atti di gara e l'accesso civico generalizzato sono tra loro distinti e autonomi e si differenziano quanto a legittimazione, oggetto e finalità per cui le due fattispecie possono convivere all'interno del sistema dei contratti pubblici. Mentre la legittimazione all'accesso civico generalizzato agli atti di gara è consentita a "chiunque", l'accesso di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016 è consentito solo alle imprese che partecipano alla gara sui cui vi è l'onere di provare che i documenti richiesti si collegano alla loro posizione nel procedimento. Riguardo all'oggetto, l'accesso civico generalizzato può riguardare informazioni esistenti ma che non sono ancora incorporate nei documenti rispetto alle quali può rendersi necessaria l'attività dell'amministrazione al fine di renderle accessibili al pubblico. L'accesso di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 53/2016, invece, è prettamente documentale ed è esercitabile nei confronti dei documenti custoditi dalla Pubblica Amministrazione, come si ricava dal rinvio da parte della stessa norma *ex* artt. 22 ss. della l. n. 241/90. Quanto alla finalità, si tratta del dato strutturalmente più importante: l'accesso generalizzato è finalizzato a un controllo diffuso sulla gestione delle risorse pubbliche impegnate dall'Amministrazione nonché alla verifica della correttezza delle operazioni di gara. Al contrario, l'accesso documentale ha natura difensiva per coloro che intendono tutelare la propria posizione nell'ambito della procedura a evidenza pubblica.



tecniche normative

Si può concludere, pertanto, che mentre l'accesso generalizzato intende garantire l'interesse collettivo, l'accesso documentale, è diretto alla tutela dell'interesse privato dei singoli operatori economici.

6. Conclusioni.

Con questa trattazione, senza pretese di esaustività, è stata fatta una disamina dell'istituto del diritto di accesso, alla luce della dottrina e della giurisprudenza maggiormente significative, tenendo conto come sul diritto in parola il legislatore è più volte intervenuto nel corso del tempo: a partire dal 1990 con la l. n. 241/90, artt. 22 e ss., così detto accesso documentale, poi con il d.lgs. n. 33/2013, modificato dal d.lgs. n. 97/2016 con cui sono stati previsti e disciplinati l'accesso civico semplice e quello generalizzato o universale. Si è posta l'attenzione, per l'importanza della materia dei contratti pubblici, all'accesso agli atti e alla riservatezza di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016. Queste figure giuridiche, proprio per le loro peculiarità, sono state esaminate alla luce dell'importante decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2 del 10 aprile 2020 sottolineandone i profili di identità e le differenze. Si ritiene, constatata l'importanza che rivestono gli istituti trattati, e le loro peculiarità, alla luce dell'evoluzione del principio di trasparenza, e dell'impatto che gli stessi istituti hanno nell'ambito del diritto dell'Unione Europea, che saranno oggetto, anche in tempi brevi, di nuove attenzioni da parte della giurisprudenza e non sono da escludere nuovi interventi del legislatore.

7. Documentazione.

Fonti

D.lgs. 18 aprile 2016, n. 5, Codice dei contratti pubblici.

L. reg. Liguria 25 novembre 2009, n. 56, Norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi

L. 7 agosto 1990, n. 241, Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi

D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33

Bibliografia

S. BARDELLONI, D. CAPOTORTO, *Codice dei contratti pubblici, Appalti per le Imprese* – Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2021

C. DE ROSA (cur.), *Compendio di Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, XII edizione, Edizioni Giuridiche Simone, Napoli, 2020

R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Nel Diritto Editore, Molfetta, 2020

D. IMMORDINO, *Il Sole 24 Ore, Speciali – Appalti*, 17 luglio 2020

B. LOCORATOLO, A. PEDACI, *Trasparenza e Anticorruzione nelle Pubbliche Amministrazioni*, Elementi MAIOR, III edizione, Edizioni Giuridiche Simone, Napoli, 2020

M. MARTORANA, A. TESORO, A. BARBERISI (curr.), *GDPR: Guida Pratica agli Adempimenti Privacy*, CEDAM, Padova, 2019

D. BOLOGNINO, H. BONURA, A. STORTO, *I contratti pubblici dopo il decreto semplificazioni*, La Tribuna, Piacenza, 2020.

A. PEDACI, *Procedimento amministrativo, accesso e privacy*, Elementi Maior, X edizione, Edizioni Giuridiche Simone, Napoli, 2020



tecniche normative

M.A. SANDULLI, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020

L. TRAMONTANO, *Compendio di diritto amministrativo*, IV edizione, La Tribuna, Piacenza, 2020

Sitografia

A. GASBARRI, [*La prevenzione della corruzione e la trasparenza negli appalti pubblici*](#), Formazione IFEL per i Comuni – Fondazione ANCI

<https://ntplusentilocaliedilizia.ilsole24ore.com>

<https://ntplusentilocaliedilizia.ilsole24ore.com>

<https://www.anticorruzione.it>

<https://www.bosettiegatti.eu>

<https://www.regione.liguria.it>

<http://www.lexitalia.it/a/>