

Brevi annotazioni in tema di trasparenza e accesso nei contratti pubblici

Notes on transparency and access in public contracts. Brief notes on transparency and access in public contracts

Lucia Minervini

Magistrato presso la Corte dei Conti

Informazioni sull'articolo

ABSTRACT

Keywords:

Trasparenza
Accesso documentale
Accesso civico

Il contributo si incentra sul tema della trasparenza nell'ambito dei contratti pubblici affrontando le problematiche relative alla coesistenza dell'accesso documentale agli atti di gara e dell'accesso civico semplice e universale e l'introduzione dei nuovi obblighi di pubblicazione posti in capo alle stazioni appaltanti.

Keywords:

Transparency
Documentary access
Civic access

The contribution focuses on the issue of transparency in the context of public contracts, addressing the problems relating to the coexistence of documentary access to tender documents and simple and universal civic access.



Autore corrispondente:

Lucia Minervini
Magistrato presso la Corte dei Conti
E-mail: minervini.lucia@gmail.com

Sommario: **1.** Note introduttive sulle diverse connotazioni della trasparenza in tema di commesse pubbliche - **2.** Accesso documentale, accesso civico e trasparenza amministrativa: un quadro normativo composito - **3.** La trasparenza amministrativa nel codice dei contratti pubblici - **4.** L'accesso civico e limiti - **5.** I principi dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n.10 del 2020

Summary: **1.** Introductory notes on the different connotations of transparency in terms of public procurement - **2.** Document access, civic access and administrative transparency: a composite regulatory framework. - **3.** Administrative transparency in the public contracts code - **4.** Civic access and limits - **5.** The principles of the Plenary Meeting of the Council of State No. 10 of 2020

1. NOTE INTRODUTTIVE SULLE DIVERSE CONNOTAZIONI DELLA TRASPARENZA IN TEMA DI COMMESSE PUBBLICHE

Il settore delle commesse pubbliche, dei procedimenti ad “evidenza pubblica” reca con sé l’esigenza di rendere trasparenti i processi di acquisto e le scelte di allocazione delle risorse pubbliche compiute dalle amministrazioni¹.

Alla pubblicità del procedimento a garanzia della *par condicio* degli operatori economici e massima partecipazione, disciplinata secondo le modalità di volta in volta indicate nel codice, si aggiungono, a seguito delle diverse modifiche normative degli ultimi anni, ulteriori regimi di trasparenza² che rispondono anche all’esigenza di moralizzazione della pubblica amministrazione e di lotta ai fenomeni corruttivi. La stratificazione delle norme e la moltiplicazione degli istituti porta con sé l’esigenza di operarne il raccordo.

Il riferimento è alle multiformi discipline dell’accesso documentale e civico (c.d. semplice e universale) che hanno richiesto un particolare sforzo di approfondimento dottrinale e l’intervento dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato per dirimere contrasti interpretativi, chiarirne le reciproche interferenze e definirne i confini applicativi, con particolare riguardo al settore dei contratti pubblici.

Il contributo si incentra sul tema della trasparenza nell’ambito dei contratti pubblici affrontando le problematiche relative alla coesistenza dell’accesso documentale agli atti di gara e dell’accesso civico semplice e universale e l’introduzione dei nuovi obblighi di pubblicazione posti in capo alle stazioni appaltanti

2. ACCESSO DOCUMENTALE, ACCESSO CIVICO E TRASPARENZA AMMINISTRATIVA: UN QUADRO NORMATIVO COMPOSITO

Il binomio trasparenza e contratti pubblici, come detto, attraversa l’intera disciplina di settore ed invero, figura all’articolo 30 del d.lgs. n. 50 del 2016, tra i principi indefettibili che nell’affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, unitamente a quelli di libera concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e pubblicità.

Peraltro, una lettura del principio di trasparenza sensibile alle istanze conoscitive dei cittadini si rinviene anche all’ art. 15 del TFUE secondo cui al fine di garantire la partecipazione alla società civile gli organi UE operano nel modo più trasparente possibile; all’art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE che nel disciplinare il diritto ad una buona amministrazione include anche il diritto di accesso, all’ art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo che oltre ad affermare la libertà di manifestazione del pensiero, tutela e garantisce la libertà di informare ed essere informati.

Il principio di trasparenza pur non trovando espressa menzione nel testo costituzionale trova fondamento nell’art.97 Cost. che afferma i principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione, nell’art. 21 Cost. che tutela la libertà di manifestazione del pensiero e di informazione (che contiene al suo interno anche la libertà all’informazione), nell’art. 117 co 2 lett m) Cost. che tutela i livelli essenziali delle prestazioni ivi inclusi l’accesso e la trasparenza qualificati dall’art. 29 comma 2bis della l. 241 del 1990 principi generali dell’azione amministrativa attinente ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, negli artt. 24 e 113 della costituzione in ragione della maggiore garanzia che la conoscibilità degli atti appresta alla tutela giurisdizionale.

Diverse sono le forme di attuazione del principio generale.

Più nel dettaglio, il codice dei contratti pubblici disciplina nell’art. 53 l’accesso documentale agli atti di gara, quale derivazione dell’analogo istituto disciplinato dalla legge generale sul procedimento amministrativo, consistente nel diritto di prendere visione ed estrarre copia dei documenti amministrativi con specifiche disposizioni in punto di limitazione, differimento e di esclusione della pretesa ostensiva in considerazione delle peculiari esigenze di riservatezza che vengono in rilievo nel mercato delle gare pubbliche.

¹ P. Lazzara, *Introduzione al sistema dei contratti della Pubblica amministrazione*, in *Il diritto dei contratti pubblici. Temi e questioni* aggiornato al d.l. 77/2021 a cura di Paolo Lazzara, Aracne editore, I Edizione, novembre 2021; S. Toschei, *il sistema della trasparenza*, in *La vigilanza e la procedura di irrogazione delle sanzioni amministrative. Il sistema di prevenzione della corruzione in materia di trasparenza e di tutela della privacy*, a cura di A. Cagnazzo, S. Toschei, FF Tuccari, Milano 2021; Sergio Foà, *La trasparenza amministrativa e il diritto di accesso* in *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di Carlo Emanuele Gallo p. 265 ss Giappichelli editore, 2020; sia consentito rinviare altresì a L. Minervini, *principi di trasparenza e accesso civico semplice e generalizzato* p. 63 e ss in *Il diritto dei contratti pubblici. Temi e questioni* aggiornato al d.l. 77/2021 a cura di Paolo Lazzara, Aracne editore, 2021.

² F. Patroni Griffi, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *federalismi.it*, 2013, osserva che l’evoluzione della trasparenza può ricondursi a tre tappe evolutive segnate da altrettanti interventi normativi: la stagione della l. 241 del 1990, quella dell’affermazione dell’accessibilità totale in chiave efficientistica di cui al d.lgs. 150 del 2009 e, il nuovo corso inaugurato con il decreto trasparenza nel 2013, modificato dal d.lgs. 97 del 2016

La regola generale è l'accessibilità degli atti amministrativi che può essere negata, se non risulti sufficiente il differimento³. Il comma 5 dell'art. 53, esclude in via assoluta dal diritto di accesso i pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici (art. 53, comma 5, lett. b); le 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 (art. 53, comma 5, lett. c); le soluzioni tecniche e i programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale (art. 53, comma 5, lett. d). Costituisce invece, un'ipotesi di esclusione relativa, quella di cui alla lett. a) del comma 5 dell'art. 53 relativa alle offerte per cui il diritto di accesso è differito fino all'aggiudicazione ma è, comunque, escluso in relazione *“alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscono, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali”*. Tale divieto, peraltro, ha carattere relativo poiché il comma 6 dell'art. 53 consente l'accesso al concorrente, ove lo stesso risulti strumentale allo svolgimento della difesa in giudizio dei propri interessi.

Il divieto di divulgazione riguarda la documentazione suscettibile di rivelare il *know-how* industriale e commerciale contenuto nelle offerte delle imprese partecipanti al fine di evitare che le concorrenti possano servirsi dell'accesso per carpire in maniera indebita le conoscenze possedute da altri, piuttosto che per valutare la legittimità del provvedimento. In conclusione ciò che è sottratto all'accesso, non è l'offerta nel suo complesso ma solo la parte di essa che afferisce ai *“segreti tecnici e commerciali”*. Di conseguenza Pertanto, ove oggetto dell'istanza di accesso sia l'intera offerta, essa deve essere esibita al richiedente depurata delle parti per le quali prevalgano ragioni di riservatezza, che operano al ricorrere dei presupposti indicati dalla legge.

La peculiarità della disciplina dell'accesso agli atti di gara si rinviene nella previsione contenuta nel comma 6 del citato art. 53, per cui qualora si versi nell'ipotesi di *“segreti tecnici o commerciali”* l'ostensione è consentita (solo) ai fini *«della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto»* a differenza dell'art. 24, comma 7, della l. 241 del 1990 che consente l'accesso difensivo ove necessario per la *cura* e la *tutela* della posizione giuridica del richiedente senza alcuna restrizione sul piano processuale, offrendo, dunque, più ampie possibilità come di recente evidenziato dall'adunanza plenaria del Consiglio di stato, sentenza 18 marzo 2021, n. 4⁴, pur precisando che l'ostensione del documento richiesto passa attraverso un rigoroso, motivato, vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare;

In definitiva, per giustificare il rifiuto di accesso è necessario per un verso una specifica motivazione che evidenzi le ragioni di *“concreta segretezza commerciale”* dell'offerta, non essendo sufficiente la mera opposizione dell'offerente, come già sopra esposto, e per l'altro, un accurato controllo da parte della stazione

³ In tema di accesso documentale si vedano adunanza plenaria del consiglio di stato, sentenze nn. 19 e 20 del 25 settembre 2020 in www.giustizia-amministrativa.it che hanno affermato i seguenti principi di diritto: *Le dichiarazioni, le comunicazioni e gli atti presentati o acquisiti (dagli uffici dell'amministrazione finanziaria, contenenti i dati reddituali, patrimoniali e finanziari ed inseriti nelle banche dati dell'anagrafe tributaria, ivi compreso l'archivio dei rapporti finanziari, costituiscono documenti amministrativi ai fini dell'accesso documentale difensivo ai sensi degli artt. 22 e ss. della legge n. 241/1990);*

(ii) *«L'accesso documentale difensivo può essere esercitato indipendentemente dalla previsione e dall'esercizio dei poteri processuali di esibizione istruttoria di documenti amministrativi e di richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione nel processo civile ai sensi degli artt. 210, 211 e 213 cod. proc. civ.»;*

(iii) *«L'accesso difensivo ai documenti contenenti i dati reddituali, patrimoniali e finanziari, presenti nell'anagrafe tributaria, ivi compreso l'archivio dei rapporti finanziari, può essere esercitato indipendentemente dalla previsione e dall'esercizio dei poteri istruttori di cui agli artt. 155-sexies disp. att. cod. proc. civ. e 492-bis cod. proc. civ., nonché, più in generale, dalla previsione e dall'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio del giudice civile nei procedimenti in materia di famiglia»;*(iv) *«L'accesso difensivo ai documenti contenenti i dati reddituali, patrimoniali e finanziari, presenti nell'anagrafe tributaria, ivi compreso l'archivio dei rapporti finanziari, può essere esercitato mediante estrazione di copia».*

⁴ Ad. Plen. Cons. di Stato, sentenza 18 marzo 2021, n. 4 ha espresso i seguenti principi di diritto: *“in materia di accesso difensivo ai sensi dell'art. 24, comma 7, della l. n. 241 del 1990 si deve escludere che sia sufficiente nell'istanza di accesso un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando, poiché l'ostensione del documento richiesto passa attraverso un rigoroso, motivato, vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare; b) la pubblica amministrazione detentrica del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. non devono invece svolgere ex ante alcuna ultronea valutazione sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione detentrica del documento o al giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso, salvo il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla l. n. 241 del 1990”.*

appaltante che porti ad escludere l'effettiva utilità e/o pertinenza della documentazione richiesta ai fini della difesa in giudizio⁵.

3. LA TRASPARENZA AMMINISTRATIVA NEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Nell'ambito del nuovo codice dei contratti pubblici con la previsione dell'art. 29 recante "Principi in materia di trasparenza del codice dei contratti pubblici ha trovato ingresso la nuova trasparenza amministrativa introdotta dal d.lgs.14 marzo 2013, n. 33 (c.d. decreto trasparenza), e successive modifiche, che assume il significato di *accessibilità totale* ai dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle risorse pubbliche mediante l'obbligo posto in capo alla pubblica amministrazione di pubblicare determinati dati sul proprio sito istituzionale.

Il citato art. 29 –collocato nel titolo IV relativo ai principi comuni, prevede al primo comma, l'obbligo di pubblicazione sul proprio sito istituzionale sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 di "Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento e l'esecuzione di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, (...), alla composizione della commissione giudicatrice e ai curricula dei suoi componenti.

Il bilanciamento tra esigenze di trasparenza degli atti relativi ai principali momenti della gara e la riservatezza è attuato con il richiamo alle limitazioni e divieti recati dall'articolo 53 a tutela di interessi pubblici e privati, quali la riservatezza delle imprese, ecc⁶.

Quanto agli effetti della pubblicazione, si precisa altresì da un lato che tali atti recano, prima dell'intestazione o in calce, la data di pubblicazione sul profilo del committente e dall'altro che "fatti salvi gli atti a cui si applica l'articolo 73, comma 5, i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente".

Sul rapporto tra le disposizioni sopra citate, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha chiarito che il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, in linea con la previsione contenuta nell'art. 29 del D.Lgs. n. 50/2016⁷. Ciò posto l'istanza di accesso agli atti di gara comporta la "dilazione temporale" quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta⁸.

La disciplina della trasparenza si specifica con le previsioni del comma 2 dell'art. 29 riscritto ad opera dell'art.53, comma 5, del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77 a norma del quale tutte le informazioni inerenti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione, alla scelta del contraente, all'aggiudicazione e all'esecuzione di lavori, servizi e forniture relativi all'affidamento, inclusi i concorsi di progettazione e i concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli di cui all'articolo 5, sono gestite

⁵ T.A.R. Veneto, Sez. I, 18 luglio 2018, 802 precisa che il principio di subordinazione del diritto alla riservatezza dei dati e dei documenti rispetto all'accesso non è assoluto ma relativo: *va applicato tenendo conto delle ragioni effettive che supportano l'esigenza di conoscenza della documentazione in rapporto alla situazione in cui matura la domanda di accesso*. Nel caso di specie secondo il giudice la ricorrente intendeva utilizzare per scopo meramente esplorativo l'accesso ad alcuni documenti dell'offerta tecnica per cui era stato opposto il segreto tecnico-industriale derivante da brevetto industriale e dal rischio di plagio da parte delle concorrenti per l'alta tecnologia e innovatività dei prodotti, fondamentali per il futuro del marchio. Sul tema sia consentito richiamare Lucia Minervini, *accesso agli atti di gara e riservatezza degli offerenti* p. 95 e ss in *Il diritto dei contratti pubblici. Temi e questioni* aggiornato al d.l. 77/2021 a cura di Paolo Lazzara, Aracne editore, 2021;

⁶ A. Donato, *Accesso agli atti di gara: intera offerta tecnica coperta da segreto e impugnazione dell'aggiudicazione*, 25 febbraio 2021 in riferimento a Cons. St. sez. III 16 febbraio 2021, n. 1428 in www.legal-team.it

⁷ Cons. Stato Sez. V, 3 maggio 2021, n. 3466.

⁸ Cons. Stato Sez. V, 21 giugno 2021, n. 4753, Cons. Stato Sez. V, 19 gennaio 2021, n. 575 precisano che la decorrenza del termine di impugnazione degli atti di una procedura di gara per l'affidamento di un contratto di appalto va collocata: dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, comprensiva anche dei verbali (ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentante) ai sensi dell'art. 29, comma 1, ultima parte, D.Lgs. n. 50/2016 dall'acquisizione, per richiesta della parte o per invio officioso, delle informazioni di cui all'art. 76 del D.Lgs. n. 50/2016 ma solo a condizione che esse consentano di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati o per accertarne altri, così da permettere la presentazione non solo dei motivi aggiunti ma anche del ricorso principale; dalla proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara con conseguente dilazione temporale fino al momento in cui è consentito l'accesso se i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta oppure dalla comunicazione o dalla pubblicità nelle forme individuate negli atti di gara ed accettate dai partecipanti alla gara "purchè gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati.

e trasmesse tempestivamente alla Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici dell'ANAC attraverso le piattaforme telematiche ad essa interconnesse secondo le modalità indicate all'articolo 213, comma 9.

Si prevede inoltre che l'ANAC garantisce, attraverso la Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici, la pubblicazione dei dati ricevuti, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 53, in materia di accesso agli atti di gara e riservatezza, e ad eccezione di quelli che riguardano contratti secretati ai sensi dell'articolo 162, la trasmissione dei dati all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea e la pubblicazione ai sensi dell'articolo 73.

Il comma in argomento si chiude con la precisazione che “Gli effetti degli atti oggetto di pubblicazione ai sensi del presente comma decorrono dalla data di pubblicazione dei relativi dati nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici”⁹.

4. L'ACCESSO CIVICO E LIMITI

Il sistema della trasparenza è arricchito dagli istituti dell'accesso civico semplice o da pubblicazione e universale. In particolare, l'art. 5, comma 1, del citato decreto trasparenza, riconosce il potere dei cittadini ed enti di controllare democraticamente se un'amministrazione pubblica abbia adempiuto gli obblighi di trasparenza previsti dalla legge, attribuendo a “*chiunque*” l'esercizio del c.d. “diritto di accesso civico”, e cioè la possibilità di chiedere all'amministrazione inottemperante agli obblighi di trasparenza previsti dalla legge di rilasciare i dati nei casi in cui sia stata omessa la pubblicazione¹⁰. Il legislatore ha inteso così garantire una più stringente verifica dei conti pubblici, delle spese connesse al funzionamento degli uffici e dei servizi e, dunque, dell'effettiva rispondenza dei servizi erogati ai bisogni dei cittadini, avvalendosi di questi ultimi, quali *cives*, come tali responsabili anch'essi della gestione della cosa pubblica. L'accesso civico semplice trova cittadinanza nel sistema dei contratti pubblici per il tramite del citato art. 29.

A seguito, poi, della novella operata dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 il legislatore ha introdotto il c.d. l'accesso “libero e universale” ispirato al *freedom of information act* c.d. FOIA di derivazione statunitense¹¹.

L'art. 5, comma 2 del d.lgs. 33/2013, prescindendo dall'omessa pubblicazione dell'amministrazione, assicura a «*chiunque*» il «*diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis*».

Giova precisare che il legislatore ha posto dei limiti tassativi alla pretesa di conoscenza generalizzata prevedendo la possibilità di rigettare l'istanza qualora il diniego sia necessario “*per evitare un pregiudizio concreto*” alla tutela di uno degli interessi pubblici o privati elencati nel nuovo art. 5-bis, rispettivamente, ai

⁹ Decreto-Legge 18 aprile 2019 n. 32 recante “Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici” (c.d. Decreto Sblocca Cantieri), pubblicato sulla G.U. n. 92 del 18 aprile 2019 ha apportato, con gli articoli 1 e 2, numerose modifiche al d.lgs. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici). L'art. 1, comma 1, lett. c) del d.l. n. 32/2019 ha modificato l'art. 29 del Codice dei contratti pubblici e soppresso mediante l'art. 1, comma 4, del d.l. in argomento il cd. rito super-accelerato di cui all'art. 120, commi 2-bis e 6-bis, c.p.a. Inoltre il d.l. 32/2009 all'articolo 76, dopo il comma 2 ha inserito il seguente: “2-bis che prevede l'obbligo delle stazioni appaltanti di comunicare individualmente ai concorrenti (d'ufficio ed entro cinque giorni) il provvedimento recante le esclusioni/ammissioni dalla procedura, unitamente all'indicazione dell'ufficio o del collegamento informatico ai fini dell'esercizio del diritto di accesso ad atti. Il d.l. n. 32 del 2019 è stato convertito, con modificazioni dalla l. n. 55 del 14 giugno 2019 entrata in vigore il 18 giugno 2019 che ha confermato le suddette modifiche alla disciplina in parte qua, cfr. Il Sole 24 Ore Focus, lo sblocca cantieri riforma gli appalti, 3 luglio 2019

¹⁰ Sul piano definitorio si veda l'art. 5 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 recante “Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni”, come modificato dall'art. 2, del Decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97, recante “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” e Linee guida ANAC 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 – Art. 5-bis, comma 6, del d.lgs. n. 33 del 14/03/201, delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016.

Su trasparenza e accesso civico si veda: E. Carloni, *l'obbligo di pubblicazione, op. cit.*; A. Cauduro, *Il diritto di accesso a dati e documenti amministrativi come promozione della partecipazione: un'innovazione limitata*, in *Diritto Amministrativo*, op. cit.; A. Corrado, *Il principio di trasparenza e i suoi strumenti di attuazione, op. cit.*, p. 104 e ss.; A. Corrado, *L'accesso civico e i poteri del giudice amministrativo: alla ricerca di una azione in materia di accesso generalizzato*, in *federalismi.it*, n. 10 del 15 aprile 2020

¹¹ Così definito nel parere n. 515 del 24 febbraio del cons. St., mentre nelle Linee guida ANAC viene definito civico generalizzato per distinguerlo dall'accesso civico semplice connesso agli obblighi di pubblicazione, G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, III ed., Giappichelli Editore, 2017, p. 96 ss

commi 1 e 2¹². Tenuto conto della innovatività della disciplina l'ANAC nel 2016 d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali, ha dettato Linee Guida recanti le prime indicazioni operative ai fini delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico.

Giova altresì evidenziare che l'amministrazione deve valutare la sussistenza di un nesso di causalità tra l'accesso e il pregiudizio ad uno o più degli interessi elencati che devono essere specificamente indicati, non risultando sufficiente la prefigurazione in via generica ed astratta di un pregiudizio ai fini del diniego di ostensione degli atti e, deve valutare, altresì, se il pregiudizio conseguente all'accesso sia un evento altamente probabile e non soltanto possibile in relazione al contesto temporale in cui viene formulata la domanda di accesso e non in termini astratti e atemporali.

Tra gli interessi pubblici sono indicati 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.

Nell'elenco degli interessi privati vi sono la protezione di dati personali, la libertà e la segretezza della corrispondenza, *gli interessi economici e commerciali*.

Inoltre, si prevede l'esclusione assoluta del diritto di cui all'art. 5, comma 2, «*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*».

Tale previsione normativa, come si dirà nel seguito, ha dato luogo a diversi contrasti interpretativi in ordine alla possibilità di sottrarre all'applicazione della nuova disciplina l'intera materia dei contratti pubblici.

In coerenza con il principio di proporzionalità, i successivi commi 4 e 5 dell'art. 5-*bis* prevedono, rispettivamente, la possibilità per la pubblica amministrazione di escludere l'accesso solo rispetto ad alcuni dati o alcune

parti del documento richiesto, o di fare ricorso al potere di differimento ove sufficiente a garantire la tutela dei suddetti interessi.

Inoltre, sotto il profilo temporale, si prevede che i suddetti limiti si applicano unicamente per il periodo nel quale la protezione è giustificata in relazione alla natura del dato.

5. I PRINCIPI DELL'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO N°10 DEL 2020

¹² Linee guida ANAC 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, art. 5-*bis*, comma 6, del d.lgs. n. 33 del 14/03/2013 recante «Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni», delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016 in www.anac.it P. Lazzara, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Diritto Amministrativo*, 2/2018, Giuffrè, Milano. Le suddette Linee guida definiscono le tre tipologie di accesso e ne circoscrivono i rispettivi ambiti, inoltre, al fine di evitare comportamenti disomogenei della stessa amministrazione nell'attuazione della disciplina invitano le amministrazioni a provvedere all'adozione di una disciplina sulle diverse tipologie di accesso (anche nella forma di un regolamento interno), ad individuare gli uffici competenti a decidere sulle richieste di accesso generalizzato; all'adeguamento organizzativo al fine di rafforzare il coordinamento dei comportamenti delle richieste di accesso generalizzato provvedendo alla concentrazione della competenza a decidere sulle stesse in un unico ufficio (dotato di risorse professionali adeguate, che si specializzano nel tempo accumulando *know how* ed all'istituzione presso ogni amministrazione di un registro delle richieste di accesso presentate per tutte le tipologie di accesso di cui ANAC auspica la pubblicazione almeno ogni sei mesi nella sezione amministrazione trasparente "*altri contenuti- accesso civico*" al fine di consentire un monitoraggio delle decisioni assunte dalle varie amministrazione a garanzia delle uniformità delle decisioni

Con riferimento al nuovo codice dei contratti pubblici la questione dell'applicabilità dell'istituto dell'accesso civico generalizzato¹³ ha dato luogo ad orientamenti giurisprudenziali contrastanti che hanno portato alla importante decisione dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n.10 del 2020¹⁴.

In via preliminare il Consiglio di Stato ha definito l'accesso generalizzato come diritto fondamentale che contribuisce al miglior soddisfacimento degli altri diritti fondamentali che l'ordinamento riconosce alla persona, diventando precondizione per l'esercizio di ogni altro diritto fondamentale riconosciuto dall'ordinamento.

La natura fondamentale del diritto di accesso civico generalizzato è evincibile, secondo l'Alto consesso, dagli artt. 1, 2, 97 e 117 della Costituzione, è riconosciuta e garantita dall'art. 42 della carta dei diritti fondamentali dell'unione europea per gli atti delle istituzioni europee e, in una prospettiva convenzionale, rinvia un sicuro fondamento nell'art. 10 della CEDU.

Inoltre, la Plenaria pone in assoluto risalto la valenza solidaristica del diritto in questione poiché afferma che l'apertura della pubblica amministrazione alla conoscenza collettiva degli atti "è funzionale alla disponibilità di dati di affidabile provenienza pubblica per informare correttamente i cittadini ed evitare il propagarsi di pseudoconoscenze e pseudoscienze a livello diffuso". Pertanto, l'accesso documentale continua a sussistere, parallelamente ai "nuovi" accessi pur restando fermi i diversi presupposti di legittimazione in capo al richiedente come chiarito dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la citata sentenza n. 10 del 2 aprile 2020.

Nell'indagare i rapporti tra le varie tipologie di accesso e le relative discipline, con particolare riferimento al settore dei contratti pubblici, la citata Plenaria si è soffermata sul dovere dell'amministrazione di esaminare l'istanza formulata in modo generico "ancipite" (cioè senza riferimento ad una specifica ipotesi di accesso), vagliando la sussistenza dei presupposti sia dell'accesso c.d. tradizionale (di cui alla l. 241 del 1990), che di quello civico generalizzato di cui all'art. 5 del d.lgs. 33 del 2013.

Infatti, solo nel caso in cui l'istante abbia inteso, espressamente e inequivocabilmente, limitare l'interesse ostensivo ad uno specifico profilo, quello documentale o quello civico, la pubblica amministrazione dovrà limitarsi ad esaminare quello specifico profilo, senza essere tenuta a pronunciarsi sui presupposti dell'altra forma di accesso, non richiesta dall'interessato (punto 10) e ciò in quanto operando diversamente si pronuncerebbe, "con una sorta di diniego difensivo "in prevenzione", su una istanza, quella di accesso civico generalizzato, mai proposta, nemmeno in forma, implicita e/o congiunta o, ancipite dall'interessato, che si è limitato a richiedere l'accesso ai sensi della l. n. 241 del 1990 (punto 11.2).

Quanto alla riconduzione nell'alveo di applicazione dell'accesso civico anche della materia degli appalti la Plenaria giunge ad una posizione di segno positivo. Pur non ignorando l'infelice formulazione della disposizione di cui all'art. 5-bis, comma 3, del d.lgs. n. 33 del 2013, la sentenza osserva che l'interpretazione, ancorata al dato letterale e ad un inquadramento dei rapporti tra le varie discipline nell'ambito del solo principio di specialità, condurrebbe all'esclusione di interi ambiti di materie dall'accesso generalizzato. Si porrebbe, aderendo a siffatta impostazione ermeneutica, ad introdurre un limite – quello di materia – non previsto espressamente dal legislatore, e a dar vita ad una sorta di "buco nero della trasparenza"¹⁵.

Una lettura sistematica, costituzionalmente orientata, impone, al contrario, un approccio restrittivo ai limiti all'accesso, secondo un'interpretazione tassativizzante, ed induce a guardare i diversi regimi normativi secondo un "canone ermeneutico di completamento/inclusione", che consenta un'integrazione degli stessi in vista della tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo.

¹³ Per gli atti compresi negli obblighi di pubblicazione di cui al d.lgs. n. 33 del 2013, quindi, potranno operare cumulativamente tanto il diritto di accesso 'classico' ex l. 241 del 1990 quanto il diritto di accesso civico ex d.lgs. n. 33 del 2013, mentre, per gli atti non rientranti in tali obblighi di pubblicazione, opererà, evidentemente, il solo diritto di accesso procedimentale 'classico' di cui alla l. n. 241 del 1990. Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 5 novembre 2014, n. 5671 in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., sez. VI con sentenza 651 del 2018 in www.giustizia-amministrativa.it. In giurisprudenza è stato chiarito che le disposizioni che lo disciplinano sono pienamente e direttamente applicabili alle Regioni e agli Enti locali, in quanto tutti gli obblighi contemplati dal d.lgs. n. 33 del 2013 sono intesi quali "livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche a fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione, a norma dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. e costituiscono altresì esercizio della funzione di coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale, di cui all'art. 117, comma 2, lett. r), Cost." (art. 1, comma 3). Così, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 5 novembre 2014, n. 567

¹⁴ A. Berti, *note a margine dell'adunanza plenaria del Cons. St. 2 aprile 2020, n.10: la qualificazione dell'istanza di accesso ai dati e documenti amministrativi*, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁵ Sergio Foà, *La trasparenza amministrativa e il diritto di accesso* in Manuale di diritto amministrativo, a cura di Carlo Emanuele Gallo p. 265 ss Giappichelli editore, 2020; Roberto Garofoli, *Manuale di diritto amministrativo*, XV Edizione 2021-2022, p. 717 e ss., neldiritto editore.

Con riferimento all'accesso agli atti della fase di esecuzione del contratto la Plenaria ha riconosciuto la sussistenza di un interesse legittimante l'accesso in capo al concorrente non aggiudicatario ai sensi degli art. 22 e ss della l. 241 del 1990, in relazione a vicende che potrebbero condurre alla risoluzione del contratto e allo scorrimento della graduatoria. In definitiva occorre, ai fini dell'accesso, che l'interesse dell'istante, pur in astratto legittimato, possa considerarsi concreto, attuale, diretto, e, in particolare, che preesista all'istanza di accesso e non ne sia, invece, conseguenza poiché in tal caso l'istituto in argomento svolgerebbe 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 del 1990).

Più in generale con riferimento alla fase dell'esecuzione si evidenzia che la stessa "rimane ispirata e finalizzata alla cura in concreto di un pubblico interesse, lo stesso che è alla base dell'indizione della gara e/o dell'affidamento della commessa, che anzi trova la sua compiuta realizzazione proprio nella fase di realizzazione dell'opera o del servizio. Secondo i giudici esiste, una rilevanza pubblicistica (anche) della fase di esecuzione del contratto, dovuta alla compresenza di fondamentali interessi pubblici, che comporta una disciplina autonoma e parallela rispetto alle disposizioni del codice civile – applicabili «per quanto non espressamente previsto dal presente codice e negli atti attuativi»: art. 30, comma 8, del d. lgs. n. 50 del 2016) – e questa disciplina si traduce sia nella previsione di disposizioni speciali nel codice dei contratti pubblici (artt. 100-113-bis del d. lgs. n. 50 del 2016), sia in penetranti controlli da parte delle autorità preposte a prevenire e a sanzionare l'inefficienza, la corruzione o l'infiltrazione mafiosa manifestatasi nello svolgimento del rapporto negoziale".

La plenaria del Cons. St. n. 10 del 2020 ha precisato 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. 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*».

Emerge dalle linee sinteticamente descritte la convergenza del sistema normativo e giurisprudenziale verso una complementarietà delle discipline per attuare al massimo grado possibile il principio della trasparenza amministrativa.