

2. L'accesso agli atti ed il limite della riservatezza. Il rito, la tutela

2.1. La natura del "diritto" di accesso

Già nel 1908²³ Turati affermava che "la casa dell'amministrazione dovrebbe essere di vetro", esprimendo l'aspirazione ad un'azione amministrativa chiara e trasparente.

Questa impostazione la si ritrova nella Carta Costituzionale ed in particolare nei principi di buon andamento ed imparzialità di cui all'art. 97, nell'art. 98 comma 1 secondo cui "i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione" ed è altresì espressione del diritto di informazione ex art. 21 Cost.²⁴

Il d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, recante il Testo Unico degli Impiegati Civili dello Stato, aveva tuttavia delineato un sistema di gestione della cosa pubblica segreto ed impenetrabile, superato dall'introduzione delle norme in materia di accesso²⁵ agli atti amministrativi, di cui al Capo V, della L. 7 agosto 1990, n. 241, che ha invece introdotto un sistema pubblico e trasparente, in ossequio ai principi democratici di imparzialità e buon andamento introdotti dalla Carta Costituzionale²⁶.

Con la L. n. 241/1990 è stato introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento giuridico il concetto di **democrazia amministrativa**²⁷ attraverso l'applicazione dei principi di trasparenza e accesso: l'istituto del diritto di

²³ F. Turati, *Atti del Parlamento Italiano*, Camera dei Deputati, sessione 1904-1908, 17 giugno 1908.

²⁴ Oltre a trovare pieno riconoscimento nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nel Regolamento 1049/2001/CE e nel Trattato di Lisbona.

²⁵ Sul diritto di accesso, in dottrina: Tassone, *Il diritto di accesso agli atti amministrativi ed i limiti della sua operatività nell'attuale panorama legislativo e giurisprudenziale*, in *Giur. it.*, 1993, III, 1, 265; Carpentieri, *La legittimazione all'accesso: una questione non ancora chiarita*, in *Foro Amm.*, 1995, 1359; Id., *Due domande in tema di "diritto" di accesso*, in *Foro Amm.*, 2009, 113297; Celotto-Sandulli, *L. n. 241 del 1990 e competenze regionali: un nodo di gordio*, in *Foro Amm.*, CdS, 2005, 1946; Fiorenzano, *La natura giuridica del diritto di accesso ai documenti amministrativi e l'interesse ad accedere dopo la legge 15 del 2005: due questioni ancora aperte*, in *Giurisd. Amm.*, 2006, 143; Saitta, *Le mezze-novità giurisprudenziali e normative in materia di accesso*, in *Foro Amm.*, 2006, 143; Arena e Bombardelli, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in Cerulli Irelli, *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati di sistema*, Napoli, 2006; Tomei, *La nuova disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi. Commento alla L. n. 241 del 1990 e al D.P.R. n. 184 del 2006*, Padova, 2007 e Id., *La nuova disciplina dell'azione amministrativa*, Padova, 2007; Caringella-Garofoli-Sempreviva, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 2007; Gatto, *La natura giuridica del diritto di accesso agli atti e le implicazioni processuali. Profili ricostruiti in Corr. merito*, 3/2007, 396.

²⁶ Cosmai-Iovino, *Il nuovo Codice degli appalti pubblici*, Milano, 2016.

²⁷ Celotto, *La trasparenza e l'accesso ai documenti amministrativi*, in *L'attività amministrativa e le sue regole (a trent'anni dalla L. n. 241/1990)*, Piacenza, 2020.

a. Il rito, la tu-

strazione dovrebbe
ministrativa chia-

onale ed in parti-
di cui all'art. 97,
il servizio esclusivo
nazione ex art. 21

o degli Impiegati
li gestione della
roduzione delle
li cui al Capo V,
sistema pubblico
parzialità e buon

lta nel nostro or-
ativa²⁷ attraverso
uto del diritto di

ne 1904-1908, 17 giu-

imentali dell'Unione

tti amministrativi ed i
ale, in *Giur. it.*, 1993,
ncora chiarita, in *Foro*
Amm. TAR, 2009, 11,
gordio, in *Foro Amm.*
umenti amministrativi
", in *Giurisd. Amm.*,
a di accesso, *ivi*, 315;
erulli Irelli, *La disci-*
006; Tomei, *La nuova*
del 1990 e al D.P.R. n.
rativa, Padova, 2008;
ilano, 2007; Gatto, *La*
profili ricostruttivi, in

ività amministrativa e

accesso tracciato dal legislatore del 1990 aveva ribaltato il tradizionale rapporto tra segretezza e ostensibilità degli atti amministrativi a favore di quest'ultima senza però arrivare al riconoscimento di un'accessibilità totale in quanto veniva riconosciuto soltanto al titolare di un interesse particolarmente qualificato. L'evoluzione normativa dell'istituto, partita con la L. 11 febbraio 2005, n. 15²⁸, poi sviluppata con la L. 18 giugno 2009, n. 69²⁹, per completarsi con il citato **D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33** e ss. mm. e ii., ha elevato il **diritto di accesso a prestazione di livello essenziale**, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione, come tale non solo non è comprimibile dalle leggi regionali e da regolamenti locali, potendo questi soltanto ampliarne la disciplina, ma in più è alla luce di tale inderogabile principio che devono essere reinterprete ed applicate le deroghe al diritto di ostensione che si rinvencono in alcune disposizioni legislative, da ritenersi di carattere eccezionale, come quelle in materia di appalti pubblici, qui in rilievo³⁰.

In merito alla **natura giuridica del diritto di accesso**, e in particolare modo alla sua ascrivibilità nell'ambito dei diritti soggettivi o in quello degli interessi legittimi, non si riscontra, almeno fino all'entrata in vigore della L. n. 15/2015 cit. di modifica e integrazione della L. n. 241/1990, un'uniformità di vedute, sia sotto il profilo della dottrina sia sotto quello giurisprudenziale: nonostante la L. n. 241/1990 lo definisca testualmente come "diritto", sin dalla sua entrata in vigore si sono formati **due contrapposti orientamenti** giurisprudenziali.

Il **primo** (sostenuto dal Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria nella sentenza 24 giugno 1999, n. 16), **gli riconosce la consistenza di interesse legittimo** sulla base di una triplice considerazione:

a) al di là della lettera della norma, il termine "diritto" sarebbe usato dal legislatore in maniera atecnica, volendosi in realtà riferire a tutte quelle posizioni giuridiche attive, che spaziano dal diritto soggettivo in senso stretto, all'interesse legittimo, fino alla mera aspettativa;

b) se si trattasse realmente di un diritto soggettivo, sarebbe da ritenersi

²⁸ La L. n. 15/2005, nel modificare l'art. 1 della L. n. 241/1990, ha fatto del principio di trasparenza un principio generale della pubblica amministrazione ponendo però un limite alla forza espansiva del diritto di accesso escludendo espressamente la sua finalizzazione ad un controllo generalizzato dell'amministrazione (così Redazione, *Considerazioni sul percorso evolutivo del diritto di accesso*, on line su *ratioiuris*, 30 marzo 2021).

²⁹ Segnatamente, la L. n. 69/2009, completando il processo già avviato dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15, ha decisamente ampliato la portata del diritto di accesso, definendolo testualmente, «*attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza*» afferente «*ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione*» non derogabili in pejus dalle Regioni e degli Enti Locali (in termini l'art. 29, L. n. 241/1990, dopo le modifiche apportate dalla L. n. 69 cit.).

³⁰ Cosmai-Iovino, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2016.

sorprendente la scelta del legislatore di attribuirne la tutela, in via esclusiva, al Giudice Amministrativo e non al Giudice Ordinario, quale Giudice naturale dei diritti soggettivi;

c) infine, il "diritto" in questione, in base al dettato normativo contenuto nell'art. 22, comma 1, L. n. 241/1990, sarebbe strumentale all'esigenza di garantire la trasparenza dell'azione amministrativa e, pertanto, il suo concreto esercizio sarebbe soggetto alla discrezionale verifica da parte della P.A. dell'esistenza di fondate ragioni dell'interessato, anche nell'ottica del bilanciamento degli interessi amministrativi o dei diritti di riservatezza dei terzi eventualmente coinvolti.

Dalla natura di interesse legittimo della situazione giuridica in esame derivano, due rilevanti conseguenze processuali:

1) l'onere di impugnare innanzi al T.a.r. territorialmente competente l'eventuale provvedimento di diniego di ostensione nel termine breve di 30 giorni, fissato dalla L. n. 241/1990, notificando il ricorso, a pena di inammissibilità, ad almeno uno dei controinteressati;

2) l'impossibilità per l'interessato, che non abbia tempestivamente impugnato il diniego di accesso, di riproporre la medesima istanza, salvo vi siano atti o fatti nuovi, con la conseguente **inammissibilità del ricorso avverso il secondo diniego** meramente confermativo del primo.

Più condivisibili appaiono le argomentazioni³¹ poste a sostegno dell'altro contrapposto **orientamento**, condiviso da buona parte della dottrina e della giurisprudenza dell'epoca, anche dello stesso Consiglio di Stato, che ne hanno sostenuto la **natura di vero e proprio diritto soggettivo**³²:

a) l'uso promiscuo del termine "diritto" per indicare posizioni giuridiche attive di diversa consistenza (che si rinviene anche nella Costituzione e, segnatamente, agli artt. 4, 29, 37, 38 e 46) è limitato a periodi temporali risalenti ed a testi normativi in cui era preminente la cd. politica del diritto, ossia l'interesse dell'ordinamento a promuovere l'impegno sociale e politico di garantire la migliore e maggiore tutela e divulgazione possibile di una serie di valori definiti "diritti" perché in quel dato momento storico erano particolarmente sentiti;

b) con l'entrata in vigore della L. 21 luglio 2000, n. 205, che ha attribuito al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva sui diritti, perde di consistenza la considerazione che la posizione in esame configurerebbe un interesse legittimo solo in quanto le controversie allo stesso inerenti sono state attribuite al g.a.;

c) inoltre, gli artt. 19 e 43, D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, recante il Testo Unico degli Enti Locali attribuendo, rispettivamente, a tutti i cittadini il

³¹ Argomentazioni sviluppate, tra l'altro, dal : Consiglio di Stato, 27 maggio 2003, n. 2938.

³² Opta per la natura di vero e proprio diritto soggettivo: Consiglio di Stato n. 2938/2003 cit. Conf.: id., 3 gennaio 2004, n. 14; T.a.r. Roma, sez. II, 8 marzo 2004, n. 2206; id., Valle d'Aosta, 23 maggio 2003, n. 102.

diritto di accedere
gli altri il diritto di
to del mandato p
diritto soggettivo

d) infine, dagli
Senato (n. 1281)

de qua sostanza

Tre gli effetti

• il primo, di
l'istanza di oste

dalla pubblica

soggetto, anche

• il secondo,

decennale di pr

• il terzo, di

notificato ad al

do il giud

rio ai sensi della

A rafforzare i

prio diritto sog

2005, n. 35, con

espressamente c

vo per le contro

ché dalla L. n. 69

livelli essenziali d

essere garantiti su

Con la **decisi**

siglio di Stato i

sottoposta al suc

cd. diritto di acc

ultima analisi ril

to ha carattere p

tuazioni giuridic

cittadino che acc

In conclusion

potrebbe, dunqu

tivo, in consegu

diritto di accedere agli atti ed alle informazioni dell'ente locale, ed ai consiglieri il diritto di ottenerne tutte le informazioni necessarie all'espletamento del mandato politico, hanno riconosciuto l'esistenza di un vero e proprio diritto soggettivo di accesso;

d) infine, dagli stessi lavori parlamentari e, precisamente, dagli atti del Senato (n. 1281) è chiaro l'intento del legislatore di attribuire alla posizione *de qua* sostanza di diritto soggettivo.

Tre gli **effetti** di tale ultima teoria del diritto soggettivo:

- il primo, di carattere procedimentale, della **possibilità di riproporre l'istanza di ostensione** anche a fronte del diniego non impugnato opposto dalla pubblica amministrazione alla precedente richiesta del medesimo soggetto, anche qualora non vi siano nuove esigenze o documenti;
- il secondo, di carattere sostanziale, che riconosce il **termine ordinario decennale di prescrizione del diritto**³³;

• il terzo, di natura processuale, consistente nel ritenere il ricorso **non notificato ad almeno uno dei controinteressati comunque ammissibile**, dovendo il giudice concedere termine per l'integrazione del contraddittorio ai sensi della più favorevole disposizione dell'art. 102 c.p.c..

A rafforzare ulteriormente la tesi del diritto di accesso quale vero e proprio diritto soggettivo interviene la riforma introdotta dal D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con L. 14 maggio 2005, n. 80, che ha qualificato espressamente come esclusiva la giurisdizione del Giudice Amministrativo per le controversie inerenti l'ostensione degli atti amministrativi, nonché dalla L. n. 69/2009 cit., che lo ha definito testualmente come "*inerente ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*".

Con la **decisione n. 6 del 18 aprile 2006**, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato non ritenendo utile (né opportuno), ai fini della *quaestio* sottoposta al suo esame, pronunciarsi in ordine alla natura giuridica del *ed. diritto* di accesso agli atti amministrativi, ha osservato che ciò che in ultima analisi rileva è che la posizione attribuita al privato dall'ordinamento ha carattere prettamente strumentale alla tutela delle più disparate situazioni giuridiche, che costituiscono la vera e propria utilità finale del cittadino che accede agli atti di una pubblica amministrazione.

In conclusione, l'annosa questione circa la natura dell'istituto in esame potrebbe, dunque, ritenersi superata in favore della tesi del diritto soggettivo, in conseguenza della L. n. 15/2005³⁴, che ha definito la collocazione

³³ T.a.r. Toscana - Firenze, 6 dicembre 2004, n. 6266, in *Corr. merito*, 2005, 4, 479, con nota di De Bernardinis.

³⁴ La legge 15/2015, oltre ad aver messo un punto sulla questione della natura del diritto soggettivo, ha altresì innovato l'art. 22 L. 241/90 introducendo tra i requisiti dell'interesse rilevante ai fini dell'ostensione anche quello dell'attualità, inducendo una parte della dottrina a ritenere che la novella legislativa abbia inteso restringere l'esercizio del diritto *de quo*,

istituzionale del diritto di accesso. Infatti, questo diritto, considerato "forte" nelle espressioni che qualificano le posizioni giuridiche soggettive attive, in ragione delle sue rilevanti finalità di interesse pubblico generale, è stato elevato a principio generale dell'attività amministrativa. Ciò significa che esso deve favorire la partecipazione nel procedimento amministrativo e deve assicurare l'imparzialità e la trasparenza, divenendo esso stesso il principio cardine su cui si basa il nuovo procedimento amministrativo³⁵.

2.2. L'ambito di applicazione del "diritto" di accesso

A fronte delle incertezze in ordine alla natura del diritto all'ostensione, dottrina e giurisprudenza mostrano maggiore intesa e risolutezza nel chiarire la portata applicativa, tanto soggettiva, quanto oggettiva.

LE PRINCIPALI DEFINIZIONI IN MATERIA DI DIRITTO DI ACCESSO	
Diritto di accesso	il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi;
Soggetti attivi	la legittimazione attiva è ormai da ritenersi estesa, alla stregua dell'art. 22, Legge n. 241/1990, a tutti i soggetti privati, sia persone fisiche, che persone giuridiche ed associazioni, purché il loro interesse sia concreto, attuale e personale (ossia inerisca, nel caso delle persone giuridiche e delle associazioni, alla collettività i cui interessi rappresentano) e giuridicamente rilevante, secondo quanto previsto dal relativo regolamento approvato con D.P.R. 12 aprile 2006, n. 184;

cosicché dovrebbe ritenersi che, ai fini dell'accoglimento dell'istanza di accesso, il mero riferimento ad un interesse personale e concreto risulti insufficiente, essendo necessario che esso sia pure "attuale". Secondo altra impostazione, viceversa, L. n. 15/2005 cit. avrebbe una portata ricognitiva e non innovativa in senso peggiorativo, atteso che i requisiti della concretezza ed attualità dell'interesse, erano non solo già presenti nel regolamento del 1992, quanto già richiesti dal diritto pretorio. Infine, un indirizzo mediano e da preferirsi onde non dilatare o restringere oltre misura l'esercizio del diritto di ostensione, ritiene che l'attualità vada riferita non all'azione giudiziaria, ma all'interesse conoscitivo (per non confonderlo con quello ad agire) che, talvolta, la giurisprudenza trova insito nel particolare status ricoperto dall'istante, senza necessità di ulteriori, specifiche motivazioni, come nel caso del partecipante ad una gara d'appalto o ad un concorso pubblico, rispetto alle offerte, alle prove o ai curricula degli altri partecipanti (Cosmai-Iovino, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2016).

³⁵ Gaboardi, *La disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi. Natura giuridica, limiti e modalità di esercizio*, on line su diritto.it, 19 giugno 2012.

Interesse

Interesse specifico

Oggetto

Soggetti passivi

³⁶ Tra le tante in Napoli, 7 giugno 2000.

³⁷ Per tutte: T.a.r. Roma, 12 dicembre 2000, n. 443.

³⁸ Il regolamento n. 184 del 2006 stabilisce che il diritto di accesso si esercita nei confronti della pubblica amministrazione o delle istituzioni. La giurisprudenza ha chiarito che si tratta di soggetti fisiche o giuridiche.

considerato "for-soggettive attilico generale, è /a. Ciò significa amministrativo lo esso stesso il ministrativo³⁵.

o all'ostensione, lutezza nel chia-tiva.

DI ACCESSO

one e di estrarre copia

rsi estesa, alla stregua getti privati, sia perso- ciazioni, purché il loro ile (ossia inerisca, nel ciazioni, alla collettivi- icamente rilevante, se- amento approvato con

Interesse	il requisito della personalità e concretezza dell'interesse sotteso all'ostensione è strumentale alla tutela delle posizioni giuridiche soggettive private assegnatagli dall'ordinamento, il che esclude, pertanto, che attraverso l'esercizio di tale diritto il cittadino van- ti una generale azione di controllo della legalità amministrativa, come sarebbe se si trattasse di un'azione popolare;
Interesse specifico	dopo le modifiche apportate all'art. 22 cit. dalla Legge n. 15/2005, può ritenersi sussistente allorquando risulti diretto, concreto ed attuale, nonché corrispondente ad una situazione giuridicamen- te tutelata e collegata al documento ³⁶ del quale il soggetto chiedi l'ostensione;
Oggetto	l'art. 22, comma 1, lett. d), L. n. 241/1990, lo individua in tutti i documenti, per tali intendendo "ogni rappresentazione grafica, foto cinematografica, elettromagnetica, o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimen- to, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o pri- vatistica della loro disciplina sostanziale". Esso, dunque, compren- de tutti gli atti e documenti, anche interni ed endo procedimen- tali, in qualunque modo esternati, sia se formati, che detenuti dalla P.A., fino a quando, ovviamente, effettivamente li detenga, pur non potendo spingersi fino a comprendere le informazioni ovvero fino ad imporre a questa un'attività di elaborazione dei dati e dei documenti in suo possesso ³⁷ ;
Soggetti passivi	sono obbligati all'esercizio del diritto 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: - le pubbliche amministrazioni, ivi compresi tutti gli apparati organizzativi centrali e periferici dello Stato, delle Regioni, delle Province, dei Comuni, delle Comunità montane, delle Città me- tropolitane; - gli enti pubblici compresi gli enti pubblici economici relativa- mente allo svolgimento dell'attività di diritto pubblico; - i gestori di pubblici servizi; le aziende autonome e speciali; - l'autorità di garanzia e di vigilanza; l'amministrazione comuni- taria ³⁸ .

³⁶ Tra le tante in proposito: T.a.r. Lazio - Roma, 12 agosto 2010, n. 30789; id., Campania - Napoli, 7 giugno 2010, n. 12659; id., Marche 22 gennaio 2009, n. 10.

³⁷ Per tutte: T.a.r. Valle d'Aosta 23 maggio 2003, n. 102 e id., Campania - Napoli, 27 novembre 2000, n. 4431.

³⁸ Il regolamento CE 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2001 stabilisce che qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro, ha il diritto ad accedere ai documenti delle istituzioni. La stessa possibilità può essere concessa dalle istituzioni anche alle persone fisiche o giuridiche non appartenenti ad alcuno Stato membro.

2.3. Il diritto di accesso in materia di appalti

Nell'ambito delle coordinate innanzi tracciate si colloca, altresì, il **diritto di ostensione nel settore degli appalti**, disciplinato dall'**art. 13, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163**³⁹, non particolarmente inciso dalla Riforma del 2016.

Il menzionato art. 13, fatta salva la generale applicabilità *in parte qua* della L. n. 241/1990 e il divieto di ostensione per gli appalti segreti per ragioni di sicurezza, per un verso differisce e per l'altro sottrae all'accesso una serie di atti endoprocedimentali⁴⁰.

Quanto alla **legittimazione attiva**, la giurisprudenza del Consiglio di Stato si mostra più restrittiva rispetto ai tradizionali criteri impiegati per l'omologo istituto di carattere procedimentale generale: segnatamente, essa la nega al concorrente escluso dalla procedura di gara per il quale sia decorso il termine di impugnazione del relativo provvedimento, in ragione della strumentalità dell'ostensione rispetto alla cura ed alla difesa dei suoi interessi giuridici, ormai preclusi⁴¹.

Secondo il Consiglio di Stato, pur rimanendo nei margini tracciati dalla L. n. 241/1990⁴², l'art. 13 detta una disciplina *ad hoc* per il settore *de qua* introducendo una sorta di microsistema normativo più restrittivo sotto il profilo della legittimazione attiva e dell'oggetto, collegato alla peculiarità del settore considerato che impone la non divulgazione del contenuto di determinati atti.

Pertanto, nel vagliare la fondatezza dell'istanza ostensiva in materia di appalti è necessario procedere secondo un giudizio prognostico che tenga conto delle preclusioni processuali maturate in danno del concorrente-richiedente la copia degli atti di gara, escludendola quante volte, come nel caso di specie, la sua esclusione sia divenuta definitiva ed inoppugnabile⁴³.

³⁹ Cfr. Giurdanella, *Il codice dei Contratti pubblici*, Napoli, 2009; Caputo, *Il diritto di accesso nelle procedure ad evidenza pubblica*, in *www.giustamm.it*; AA.VV., *Il Codice degli appalti*, suppl. Guida al Diritto, 2006.

⁴⁰ Cosmai-Iovino, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2016.

⁴¹ Consiglio di Stato, Ad. Plenaria, 7 aprile 2011, n. 4 e id., 25 febbraio 2014, n. 9.

⁴² Consiglio di Stato, 24 marzo 2014, n. 1446 e id., 17 giugno 2014, n. 3079.

⁴³ Conclusione coerente con i più recenti approdi della Corte di Giustizia CE, in tema di bilanciamento, nelle controversie in materia di appalti, fra esigenze di difesa delle parti e tutela della riservatezza delle imprese e dei loro segreti commerciali (quali espressione dei superiori valori della concorrenza e del mercato). A tal proposito, infatti, la Corte ha elaborato in maniera innovativa le disposizioni sancite dagli artt. 1, n. 1, della direttiva 89/665/CEE, 15, n. 2, direttiva 93/36/CEE (ora rifluito nell'art. 6, della direttiva 2004/18/CE), che disciplinano la relazione fra diritto di accesso e diritto alla riservatezza delle imprese, affermando che non solo le stazioni appaltanti ma anche gli organi giurisdizionali nazionali investiti di un ricorso concernente le determinazioni inerenti l'aggiudicazione di un appalto pubblico, oltre a garantire la sicurezza delle informazioni acquisite giudizialmente, devono poter decidere di non trasmettere alle parti tali informazioni ove ciò sia strumentale a garantire la tutela della leale concorrenza o degli interessi legittimi degli operatori economici (così Cosmai Iovino).

Quanto, po
del diritto di

1) le infor
loro giustifica
dichiarazione

2) ulteriori

3) i pareri
tive ai contral

4) le relazi
sulle domand

La prima
difficoltà inte

- secondo

affidenti le ofi

abili per la c

natura destin

massima tras

cui la discipli

za⁴⁵ ed alla tu

nate ad arretr

- secondo

ro da riteners

vatezza e alla

delle imprese

dio, di ricerca

due ipotesi li

1) sotto il p

sa di un inter

rantirsi nella

vino, *Il nuovo Co*

* Elenco inte

trial.

* sul bilanci

menti a confronto,

Quanto, poi, alla delimitazione dell'oggetto, tra le ipotesi di esclusione del diritto di accesso agli atti di gara il D.Lgs. n. 163/2006 individua:

- 1) le informazioni fornite dai concorrenti nell'ambito delle offerte o a loro giustificazione e che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione, segreti tecnici o commerciali;
- 2) ulteriori aspetti delle offerte che il regolamento assuma riservate;
- 3) i pareri legali richiesti per la soluzione di liti attuali o potenziali relative ai contratti pubblici;
- 4) le relazioni riservate dei direttori dei lavori e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto⁴⁴.

La prima categoria di atti è quella sulla quale si è scontata la maggior difficoltà interpretativa:

– secondo una prima tesi minoritaria, muovendo dal rilievo che gli atti afferenti le offerte e i progetti in gara devono essere necessariamente ostensibili per la comparazione delle offerte, si sostiene che essi sono per loro natura destinati alla divulgazione, anche al preminente fine di garantire la massima trasparenza e pubblicità della procedura di evidenza pubblica cui la disciplina è informata. Pertanto, il collidente diritto alla riservatezza⁴⁵ ed alla tutela delle opere di ingegno e del diritto di autore sono destinate ad arretrare di fronte alla più alta esigenza appena individuata⁴⁶;

– secondo altra impostazione ormai maggioritaria⁴⁷, di contro, sarebbero da ritenersi prevalenti proprio i contrapposti diritti personali alla riservatezza e alla tutela dell'ingegno, tenuto conto del pregiudizio economico delle imprese derivante dalla divulgazione dei risultati delle attività di studio, di ricerca e di elaborazione di dati e di conoscenze personali⁴⁸, salve le due ipotesi limite:

- 1) sotto il profilo soggettivo, dell'ostensione funzionale alla cura e difesa di un interesse specifico e giuridicamente rilevante dell'istante, da garantirsi nella forma meno invasiva della mera visione⁴⁹;

vino, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2016).

⁴⁴ Elenco integrato dal D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152, recante le ccdd. disposizioni anticrisi.

⁴⁵ Sul bilanciamento dei due diritti: Melchionna, *Accesso ai documenti e riservatezza, due diritti a confronto*, in *Giur. It.*, 2001, 1; Cirillo, *Il codice sulla protezione dei dati personali*, Milano, 2006.

⁴⁶ Conf. *ex multis*: T.a.r. Lazio – Roma, 20 giugno 2000, n. 5075; id. 10 luglio 1998, n. 1161 e 14 maggio 1998, n. 1597; id., Puglia – Bari, 10 febbraio 2001, n. 312; id., Lombardia – Brescia, 10 ottobre 1997, n. 887; id., 6 novembre 1992, n. 1198; id., Abruzzo – Pescara, 19 ottobre 1995, n. 456.

⁴⁷ Cfr. Consiglio di Stato, ord. 1 febbraio 2010, n. 524; T.a.r. Sardegna, 26 gennaio 2010, n. 89; id., 20 aprile 2006, n. 2223.

⁴⁸ Cfr. Consiglio di Stato, 19 febbraio 2002, n. 1002.

⁴⁹ Cfr. Consiglio di Stato, 5 maggio 1999, n. 518; id., 8 febbraio 2002, n. 75; id., 27 gennaio 1999, n. 65; T.a.r. Toscana 15 gennaio 2001, n. 24; id., Veneto 9 giugno 1998, 967; id., 1 luglio

2) sotto il profilo oggettivo, con esclusivo riferimento a quegli atti o a quella parte di essi valutati dalla stazione appaltante per l'ammissione alla procedura, per la verifica della sussistenza dei requisiti di partecipazione e per la valutazione dell'offerta e l'attribuzione dei punteggi⁵⁰.

Sulla questione è poi intervenuto nuovamente il Consiglio di Stato⁵¹ che, dopo aver ribadito che il carattere segreto delle informazioni tecniche deve essere puntualmente motivato non potendo fare surrogato "velo all'esibizione della restante documentazione (cioè quella non coinvolta da tali profili di meritevole segregazione) nei confronti dei terzi interessati", ha contestualmente evidenziato che dette informazioni, ove pure riservate, non costituiscano valida ragione ostativa all'accesso, potendo "essere stralciate dalla documentazione da esibire con accorgimenti tecnici facili da osservare (come gli "omissionis")".

2.4. Il diritto di accesso nelle direttive comunitarie e nel D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50

Le più volte citate direttive comunitarie nn. 23, 24 e 25 del 2014, non si discostano in modo sostanziale dalla disciplina poc'anzi descritta.

Segnatamente, i rispettivi articoli 28, 21 e 39, sotto la rubrica "riservatezza", prevedono che salvo che non sia altrimenti previsto nelle citate direttive o nella legislazione nazionale cui è soggetta l'amministrazione aggiudicatrice e fatti salvi gli obblighi in materia di pubblicità sui contratti di concessione e sugli appalti aggiudicati nonché gli obblighi di informazione dei candidati e degli offerenti, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore **non rivela informazioni comunicate dagli operatori economici e da essi considerate riservate**, compresi anche, ma non esclusivamente, segreti tecnici o commerciali, nonché gli aspetti riservati delle offerte⁵².

I medesimi prevedono, inoltre, che l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore possano imporre agli operatori economici condizioni intese a **proteggere la natura confidenziale delle informazioni** che essi rendono disponibili durante tutta la procedura di aggiudicazione, comprese, per quanto concerne gli appalti degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali "le informazioni relative al funzionamento di un sistema di qualificazione, a prescindere dal fatto che esso sia stato reso pubblico o meno usando come mezzo di indizione di gara un avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione" (questo l'unico inciso per il quale l'art. 39 cit. differisce dagli altri, omologhi due).

1997, n. 1084; id., Campania – Napoli, 7 giugno 1996, n. 276.

⁵⁰ In termini: Consiglio di Stato, 7 giugno 2006, n. 3418.

⁵¹ Consiglio di Stato, 30 luglio 2010, n. 5062.

⁵² Cosmai-Iovino, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2016.

nto a quegli atti o a
er l'ammissione alla
i di partecipazione e
eggi⁵⁰.

Consiglio di Stato⁵¹
formazioni tecniche
surrettizio "velo all'e-
nvolta da tali profili di
ha contestualmente
e, non costituiscano
alciate dalla documen-
vare (come gli "omis-

rie e nel D.Lgs. 18

e 25 del 2014, non si
zi descritta.

a rubrica "riservatez-
to nelle citate diretti-
nistrazione aggiudi-
cità sui contratti di
ighi di informazione
dicatrice o l'ente ag-
gli operatori econo-
e, ma non esclusiva-
spetti riservati delle

one aggiudicatrice o
conomici condizioni
formazioni che essi
udicazione, compre-
ri nei settori dell'ac-
nformazioni relative al
re dal fatto che esso sia
ne di gara un avviso
ico inciso per il qua-

GLI OBBLIGHI DI RISERVATEZZA COMUNITARI	
Fonte	Prescrizione
Direttive nn. 23-24-25/2014/CE, rispettivamente, artt. 28, 21 e 39	1) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore non rivela 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; 2) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore rispetta gli obblighi di pubblicità, accesso e informazione dei candidati e degli offerenti; 3) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore può imporre agli operatori economici condizioni interne a proteggere la natura confidenziale delle informazioni che essi rendono disponibili durante tutta la procedura di aggiudicazione.
Direttiva n. 25/2014/CE, art. 39	4) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore può imporre agli operatori economici condizioni interne a proteggere la natura confidenziale delle informazioni che essi rendono disponibili durante tutta la procedura di aggiudicazione comprese, per quanto concerne gli appalti degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali "le informazioni relative al funzionamento di un sistema di qualificazione, a prescindere dal fatto che esso sia stato reso pubblico o meno usando come mezzo di indizione di gara un avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione".

Le regole fissate dal **D.Lgs. n. 50/2016** in punto di tutela della riservatezza degli atti di gara e di diritto di accesso ai medesimi recepiscono quelle fino a quel momento in vigore, salvo la precisazione, mutuata dalle direttive comunitarie, relativa all'imposizione di misure di salvaguardia a carico degli operatori economici per proteggere le informazioni particolari contenute negli atti che le amministrazioni rendano disponibili durante tutta la procedura di gara.

L'art. 53 del decreto, infatti, nel rimandare per ciò che concerne l'ostensione alle regole generali fissate dall'art. 22 e ss. della L. n. 241/1990, afferma la prevalenza di quelle specifiche e derogatorie declinate dal medesimo.

Al riguardo, precisato che per le **aste elettroniche** il diritto di accesso può essere esercitato mediante l'interrogazione delle registrazioni del sistema informatico che contengono la documentazione in formato elettronico degli atti, oppure tramite l'invio e la messa a disposizione di copia autentica degli stessi, ad eccezione delle procedure secretate o la cui esecuzione richiede particolari misure di sicurezza, per tutte le altre il diritto di accesso è differito e **gli atti non possono essere in alcun modo divulgati o resi noti a terzi**, pena il reato di cui all'art. 326 c.p., nei seguenti

quattro casi:

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.

In taluni casi, invece, è **radicalmente escluso il diritto di accesso** ed ogni forma di divulgazione in relazione:

1) 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**, salvo che l'accesso sia richiesto dal concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto;

2) ai **pareri legali** acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente Codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;

3) alle **relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo** sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto;

4) alle **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.

Rispetto al Codice previgente, **non figurano** più tra gli atti sottratti all'accesso gli eventuali **ulteriori aspetti riservati delle offerte da individuarsi in sede regolamentare**; mentre **figurano ex novo** le **soluzioni tecniche ed i programmi di elaborazione informatica** impiegati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema di asta elettronica coperti da diritti di privativa intellettuale, segno della tendenza quanto mai spinta all'uso dei sistemi tecnologici.

Infine, riproducendo fedelmente le direttive comunitarie, senza alcuna addenda esplicativa, il comma di chiusura dell'art. 53 prevede la possibilità per le stazioni appaltanti di imporre agli operatori economici condizioni intese a proteggere il carattere di riservatezza delle informazioni dalle medesime rese disponibili durante tutta la procedura di appalto.

2.5. Il diritto

L'art. 35 del D.Lgs. n. 33/2013, concernente il diritto di accesso e sulla procedura all'uso della tecnologia digitale, è stato inserito nella legge n. 77 del 7 agosto 1990, art. 33^o.

Si riconosce il diritto di accesso verso l'istituto di cui all'art. 33/2013, medesimo del D.Lgs. n. 33/2013.

Il secondo comma disciplina il diritto di accesso prevedendo p... esecuzione ric... conseguenza... noti a terzi, pe...

Fase
Tipo di procedura
a) Procedura aperta
b) Procedura ristretta e negoziata e gara informale

¹⁰ L'art. 326 c. 1 del D.Lgs. n. 33/2013 prevede che il pubblico ufficiale che ha fornito informazioni o al servizio di un terzo, o che ha tenuto segreti per un periodo superiore a tre anni, se non è stato punito con la reclusione, è punito con la multa o con altri un ingiungendo la reclusione.

2.5. Il diritto di accesso nel nuovo Codice degli appalti

L'art. 35 del D.Lgs. n. 36/2023 introduce modifiche alla disciplina sull'accesso e sulla riservatezza dettate dall'esigenza di **adeguare la relativa procedura all'utilizzo delle piattaforme di e-procurement**. Invero, il comma 1 della disposizione in esame precisa che le amministrazioni assicurano l'accesso alle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti in modalità digitale, mediante diretta acquisizione dei dati e delle informazioni inseriti nelle piattaforme, "ai sensi degli articoli 3bis e 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 e degli articoli 5 e 5-bis del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33".

Si riconosce, dunque, a tutti i cittadini la possibilità di richiedere, attraverso l'istituto dell'accesso civico generalizzato ex art. 5, comma 2, del D.Lgs. n. 33/2013, la documentazione di gara nei limiti di cui all'art. 5-bis del medesimo decreto.

Il secondo e terzo comma dell'art. 35, sulla falsariga del vecchio art. 53, disciplinano nel dettaglio i casi e i tempi dell'esercizio del diritto di accesso prevedendo per tutte le procedure, ad eccezione di quelle secretate o la cui esecuzione richiede particolari misure di sicurezza, il **differimento** (con la conseguenza che gli atti non possono essere in alcun modo divulgati o resi noti a terzi, pena il reato di cui all'art. 326 c.p.⁵³), nei seguenti casi:

DIFFERIMENTO		
Fase Tipo di procedura	Atti oggetto di differimento	Termine di differimento
a) Procedura aperta	elenco dei soggetti che hanno presentato le offerte	fino alla data di scadenza della presentazione delle offerte
b) Procedura ristretta e negoziata e gara informale	elenco dei soggetti che hanno chiesto invito o manifestato interesse o siano stati invitati o abbiano presentato offerte	fino alla data di scadenza della presentazione delle offerte

⁵³ L'art. 326 c.p. rubricato "Rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio" sancisce che "Il pubblico ufficiale o la persona incaricata di un pubblico servizio, che, violando i doveri inerenti alle funzioni o al servizio, o comunque abusando della sua qualità, rivela notizie di ufficio, le quali debbano rimanere segrete, o ne agevola in qualsiasi modo la conoscenza, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. Se l'agevolazione è soltanto colposa, si applica la reclusione fino a un anno. Il pubblico ufficiale o la persona incaricata di un pubblico servizio, che, per procurare a sé o ad altri un indebito profitto patrimoniale, si avvale illegittimamente di notizie di ufficio, le quali debbano rimanere segrete, è punito con la reclusione da due a cinque anni. Se il fatto è commesso al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto non patrimoniale o di cagionare ad altri un danno ingiusto, si applica la pena della reclusione fino a due anni".

La riforma del Codice appalti

DIFFERIMENTO		
Fase Tipo di procedura	Atti oggetto di differimento	Termine di differimento
b) Procedura ristretta e negoziata e gara informale	elenco dei soggetti che hanno chiesto invito o manifestato interesse, per i soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta	dopo la comunicazione ufficiale della stazione appaltante dei nominativi dei candidati da invitare
c) Tutte	Domande di partecipazione e atti, dati e informazioni relativi ai requisiti di partecipazione, verbali relativi alla fase di ammissione candidati e offerenti	fino all'aggiudicazione
d) Tutte	Offerte e verbali di valutazione delle stesse nonché atti, dati e informazioni a questa presupposti	fino all'aggiudicazione
e) Tutte	procedimento di verifica anomalie offerte e relativi verbali	fino all'aggiudicazione

I commi 4 e 5 dell'art. 35 prevedono, invece, i casi di esclusione radicale del diritto di accesso:

ESCLUSIONI	
Tipologia di atti	Eccezioni
a) le informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a sua giustificazione che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali	sono atti comunque accessibili al concorrente a fini della difesa in giudizio dei suoi interessi in relazione alla procedura di gara
b-1) i pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del Codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici	nessuna eccezione
b-2) 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	nessuna eccezione
b-3) piattaforme digitali e infrastrutture informatiche utilizzate dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, ove coperte da diritti di privativa intellettuale	sono atti comunque accessibili al concorrente a fini della difesa in giudizio dei suoi interessi in relazione alla procedura di gara

PILLOLE I

■ **Accesso a**
che, nel caso
di un quid plu
so idonea ad
siglio di Stato
concorrente r
stregua (ad e
che la partec
del rischio di
la documenta
lia Romagna -

■ **Accesso c**
cesso civico g
n. 50 del 201
securazione dei
dell'art. 5-bis
della l. n. 241
ma resta fern
all'art. 5-bis, c
disposizione,
(Consiglio di S

■ **Concorrer**
esclusa da un
accedere nell
clusasi la proc
rilevanza este
ad una gara d
delle imprese
cedimento car
giugno 2006, i

■ **Accesso ci**
ferza degli int
interessi priva
condurre al d
parte della do
lo stralcio di ta
pania-Salerno,

PILLOLE DI GIURISPRUDENZA – DIRITTO DI ACCESSO

■ **Accesso agli atti e segreto industriale – Prevalenza del diritto di accesso** – *“Ritenuto che, nel caso di specie, non affiora la sussistenza di un segreto tecnico o commerciale, cioè di un quid pluris rispetto alla mera “riservatezza” della documentazione oggetto dell’accesso idonea ad escludere, ove motivata e comprovata, l’esercizio del diritto di accesso (Consiglio di Stato, sez. V – 1/7/2020 n. 4220) ... e che le scelte organizzative dell’imprenditore concorrente non sono classificabili nell’alveo del know how meritevole di protezione, alla stregua (ad esempio) di un’opera dell’ingegno tutelata da un brevetto”, sul presupposto che la partecipazione alla gara implica l’accettazione da parte dell’operatore economico del rischio di divulgazione dei segreti tecnici, “ordina al (Omissis) di depositare in giudizio la documentazione richiesta (offerta tecnica integrale della controinteressata)”.* (T.a.r. Emilia Romagna – Bologna, ordinanza 1 marzo 2023, n. 111).

■ **Accesso civico generalizzato – Applicabilità estesa a tutti gli atti** - 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 (Consiglio di Stato, Ad. Plenaria 2 aprile 2020, n. 10).

■ **Concorrente escluso – Accesso civico agli atti di gara – Legittimazione** - L’impresa esclusa da una procedura concorsuale per l’aggiudicazione di un appalto pubblico ben può accedere nella forma più ampia agli atti del procedimento di gara, perché una volta conclusasi la procedura concorsuale i documenti prodotti dalle ditte partecipanti assumono rilevanza esterna, sia in quanto la documentazione prodotta ai fini della partecipazione ad una gara di appalto indetta dalla pubblica amministrazione esce dalla sfera esclusiva delle imprese per formare oggetto di valutazione comparativa essendo versata in un procedimento caratterizzato dai principi di concorsualità e trasparenza. (Cons. Stato, sez. VI, 7 giugno 2006, n. 3418)” (Consiglio di Stato, sez. III, 7 dicembre 2022 n. 10761).

■ **Accesso civico ai documenti della fase di esecuzione del contratto – Limiti – Riservatezza degli interessi economici e commerciali** – Le esigenze di salvaguardia dei prospettati interessi privati di cui all’art. 5 bis, c. 2, lett. c, d.lgs. n. 33/2013 non possono certamente condurre al diniego di accesso ma al più costituire il fondamento per l’oscuramento di parte della documentazione (T.a.r. Firenze, sez. I, 24 dicembre 2020, n. 1718), ovvero per lo stralcio di taluni specifici documenti o informazioni richieste dall’interessato (T.a.r. Campania-Salerno, 1 luglio 2022, n. 1898).

ine di differimento

la comunicazione
ale della stazione
ltante dei nominati-
candidati da invita-

ll’aggiudicazione

ll’aggiudicazione

ll’aggiudicazione

esclusione radica-

cezioni

unque accessibili al
ni della difesa in giu-
nteressi in relazione
li gara

ne

ne

unque accessibili al
ni della difesa in giu-
nteressi in relazione
di gara

■ **Gara telematica ed accesso agli atti – Modalità – File elettronici o copia cartacea** - Non vi sarebbe alcuna ragione per sostenere che solo il deposito di files elettronici possa “consentire un apprezzamento scevro da vizi logici. Tale non è, in particolare, il fatto che la procedura sia stata condotta in via telematica, atteso che nulla osta alla conversione dei relativi “files” in documentazione cartacea. Infatti, per la legge n. 241 del 1990, cui rimanda l’art. 53 del d.lgs. 50/2016, il “documento amministrativo” è costituito da ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie [art. 22 comma 1 lett. d)] e lo stesso art. 53 stabilisce che il diritto di accesso agli atti del processo di asta elettronica può essere esercitato o mediante “l’interrogazione delle registrazioni di sistema informatico che contengono la documentazione in formato elettronico” ovvero “tramite l’invio ovvero la messa a disposizione di copia autentica degli atti” (Consiglio di Stato, sez. V, 17 marzo 2022, n. 1951).

2.6. Il rito, la tutela

Terminata la procedura con la scelta dell’aggiudicatario, si apre una **fase conoscitiva degli atti di gara** in cui i partecipanti possono **avere conoscenza delle dichiarazioni rese dagli altri concorrenti** in sede di presentazione delle offerte e delle valutazioni sulla base delle quali la stazione appaltante ha fatto la sua scelta, ciò al fine di comprendere se ci siano state illegittimità o scorrettezze da contestare. La circostanza che la gara sia svolta su piattaforma digitale, fa sì che gli operatori che hanno presentato offerte possano avere accesso diretto ai dati, alle informazioni ed entro certi limiti ai documenti presenti in piattaforma, una volta venute meno le predette esigenze di differimento.

L’art. 36 del D.Lgs. n. 36/2023 introduce diverse novità in tema di norme procedurali sull’accesso, velocizzando lo svolgimento di questa fase conoscitiva grazie all’efficienza che offre la gara digitalizzata e al concetto di diretta messa a disposizione di atti e documenti:

NORME PROCEDIMENTALI IN MATERIA DI ACCESSO	
Comma 1	prevede la diretta messa a disposizione nella piattaforma utilizzata dalla stazione appaltante a tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi: a) dell’offerta dell’operatore economico aggiudicatario; b) dei verbali di gara, atti, i dati e le informazioni presupposti all’aggiudicazione, ciò al duplice fine di scongiurare una eventuale fase amministrativa relativa alle istanze di accesso e di consentire ai partecipanti di conoscere immediatamente la scelta fatta dall’amministrazione per potersi orientare sulla opportunità di procedere in sede processuale.

cartacea -
onici possa
fatto che la
ione dei re-
cui rimanda
rappresen-
ecie [art. 22
el processo
registrazioni
rico" ovvero
(Consiglio di

si apre una
o avere con-
di presenta-
stazione ap-
i siano state
gara sia svol-
entato offer-
ntro certi li-
ite meno le

ma di norme
esta fase co-
il concetto di

IO
orma utilizza-
renti non defi-
ario;
i presupposti
e una eventua-
so e di consen-
la scelta fatta
opportunità di

Comma 2	introduce la messa a disposizione reciproca per i primi 5 soggetti collocatisi utilmente in graduatoria, delle offerte e dei documenti, dei verbali di gara, degli atti dei dati e delle informazioni riferite alle singole offerte al fine di orientarsi immediatamente se impugnare gli atti di gara oppure no.
Comma 3	prevede che le stazioni appaltanti, al momento della pubblicazione sulla piattaforma dell'offerta dell'aggiudicataria, daranno anche indicazione in merito alle eventuali richieste di oscuramento delle offerte per cui queste si intenderanno valutate anche per le eventuali parti segrete presenti, per come indicate dall'operatore economico in sede di presentazione dell'offerta ai sensi dell'art. 35, comma 4, lett. a).
Comma 4	prevede tempi più ristretti per proporre ricorso avverso le parti considerate segrete all'esito della fase amministrativa. Il ricorso proposto secondo il rito dell'accesso ai sensi dell'art. 116 di cui all'all. I al D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 deve essere notificato entro 10 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione e le parti intimite possono costituirsi entro 10 giorni dal perfezionamento della notifica nei loro confronti del ricorso.
Comma 5	al fine di tutelare anche le ragioni del partecipante alla gara, il quale ha formulato espressa richiesta di oscuramento a norma dell'art. 35, comma 4, lett. a), prevede che nel caso in cui l'amministrazione ritenga di non condividere le ragioni di segretezza rappresentate dall'offerente o anche dagli altri 4 collocatisi in graduatoria dopo il primo, al fine di dare tutela anche alle ragioni di riservatezza rappresentate dagli stessi, le parti oscurate saranno rese disponibili solo dopo che siano decorsi i termini per adire il giudice amministrativo di cui al comma 4.
Comma 6	nel caso in cui l'amministrazione ritenga insussistenti le ragioni di segretezza è previsto che la stazione appaltante o l'ente concedente può inoltrare segnalazione all'ANAC la quale può irrogare una sanzione pecuniaria nella misura stabilita dall'articolo 222, comma 9, ridotta alla metà nel caso di pagamento entro 30 giorni dalla contestazione, qualora vi siano reiterati rigetti di istanze di oscuramento, ciò al fine scongiurare la pratica abbastanza diffusa tra gli operatori economici di indicare come segrete parti delle offerte senza che sussistano reali ragioni.

Per quanto riguarda segnatamente il rito, come visto il comma 4 dell'art. 36 prevede espressamente che le **decisioni in tema di oscuramento e ostensibilità sono impugnabili secondo il rito dell'accesso** ex art. 116 c.p.a.⁵⁴, con ricorso da notificarsi entro 10 giorni dalla comunicazione

⁵⁴ L'art. 116 del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 prevede che: «1. Contro le determinazioni e contro il silenzio sulle istanze di accesso ai documenti amministrativi, nonché per la tutela del diritto di accesso civico connessa all'inadempimento degli obblighi di trasparenza il ricorso è proposto entro trenta giorni dalla conoscenza della determinazione impugnata o dalla formazione del silenzio, me-

dell'aggiudicazione. Il ricorso è fissato d'ufficio in udienza in Camera di Consiglio nel rispetto dei termini pari alla metà di quelli di cui all'art. 55 del D.Lgs. n. 104/2010⁵⁵. Fermi i termini di fissazione dell'udienza camerale più veloci, la disposizione in esame prevede che la sentenza venga redatta in forma semplificata e pubblicata entro cinque giorni dall'udienza di discussione, la cui motivazione può consistere anche in un mero richiamo delle argomentazioni contenute negli scritti delle parti che il giudice ha inteso accogliere e fare proprie (comma 7).

Dopo aver precisato che il rito e i termini di cui ai commi 4 e 7 si applicano anche nei giudizi di impugnazione, la norma prevede che il termine di impugnazione dell'aggiudicazione e dell'ammissione e valutazione delle offerte diverse da quella dell'aggiudicataria decorre comunque dalla comunicazione di cui all'articolo 90.

Il rito appena descritto nei suoi tratti essenziali ha, dunque, natura impugnatoria, avendo ad oggetto il diniego o il differimento di accesso, ovvero il silenzio sulla relativa istanza avente valore di rigetto della stessa; e si colloca tra quelli abbreviati, essendo connotato da termini processuali ridotti rispetto a quelli ordinari.

Quanto alle parti del processo, nulla precisa il menzionato articolo del Codice di rito, sicché è sostenibile che la **legittimazione attiva** competa sia a colui il quale abbia presentato l'istanza di ostensione, rigettata, differita o inevasa, sia a colui il quale si assuma viceversa leso dal suo accoglimento⁵⁶.

In entrambi i casi, rivestendo l'altra parte la qualifica di soggetto contro interessato gli andrà notificato l'atto introduttivo a pena di inammissibilità⁵⁷.

dianche notificazione all'amministrazione e ad almeno un controinteressato. Si applica l'articolo 49. Il termine per la proposizione di ricorsi incidentali o motivi aggiunti è di trenta giorni. 2. In pendenza di un giudizio cui la richiesta di accesso è connessa, il ricorso di cui al comma 1 può essere proposto con istanza depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso principale, previa notificazione all'amministrazione e agli eventuali controinteressati. L'istanza è decisa con ordinanza separatamente dal giudizio principale, ovvero con la sentenza che definisce il giudizio. 3. L'amministrazione può essere rappresentata e difesa da un proprio dipendente a ciò autorizzato. 4. Il giudice decide con sentenza in forma semplificata; sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione e, ove previsto, la pubblicazione dei documenti richiesti, entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni, dettando, ove occorra, le relative modalità. 5. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche ai giudizi di impugnazione».

⁵⁵ Il comma 5 dell'art. 55 del decreto prevede testualmente: "Sulla domanda cautelare il collegio pronuncia nella prima camera di consiglio successiva al ventesimo giorno dal perfezionamento, anche per il destinatario, dell'ultima notificazione e, altresì, al decimo giorno dal deposito del ricorso ...".

⁵⁶ Cosmai-Iovino, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2016.

⁵⁷ T.a.r. Lazio-Roma, 8 febbraio 2010, n. 1662; id., 8 febbraio 2010, n. 1624, secondo cui «sussiste, a pena di inammissibilità, l'obbligo di notifica del ricorso volto ad impugnare il diniego di accesso agli atti ad almeno uno dei controinteressati, individuabili in coloro che dalla conoscenza dei

za in Camera di
di cui all'art. 55
udienza camera-
za venga redat-
dall'udienza di
mero richiamo
che il giudice ha

ni 4 e 7 si appli-
le che il termine
valutazione del-
unque dalla co-

que, natura im-
li accesso, ovve-
della stessa; e si
i processuali ri-

ato articolo del
iva competenza
ttata, differita o
accoglimento⁵⁶.
soggetto contro
inammissibili-

aplica l'articolo 49. Il
orni. 2. In pendenza
può essere proposto
so principale, previa
lecisa con ordinanza
udizio. 3. L'ammini-
rizzato. 4. Il giudice
esibizione e, ove pre-
di norma, a trenta
nte articolo si appli-

omanda cautelare il
dal perfezionamen-
al deposito del ricor-

1624, secondo cui
ognare il diniego di
alla conoscenza dei

La costituzione in giudizio e l'opposizione spiegata dal controinteressato, peraltro, assumono particolare rilevanza qualora, **nelle more del giudizio**, la stazione appaltante **consenta l'ostensione del documento postulato** poiché, se dal punto di vista del ricorrente che ne ha impugnato il diniego ciò determina l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, esso, viceversa, è ancora sussistente per la controparte, di talché il Collegio sarà tenuto in ogni caso a sindacare la fondatezza della domanda principale, anche in ragione dell'eventuale richiesta di risarcimento alla medesima correlata⁵⁸.

La **legittimazione passiva**, viceversa, è propria del soggetto al quale la domanda di accesso sia stata presentata e che, come visto precedentemente, non necessariamente ha natura di amministrazione pubblica in senso stretto o soggettivo del termine, potendo trattarsi anche di un soggetto privato esercente pubbliche funzioni o servizi.

Le parti possono stare in giudizio da sole, senza il patrocinio di un procuratore iscritto all'Albo degli Avvocati, ma scontano l'obbligo di versamento del contributo unificato.

A mente dell'art. 87, comma 2, lett. c), c.p.a. **l'udienza si svolge in Camera di Consiglio** che, ai sensi del successivo comma 3, è fissata d'ufficio alla prima udienza utile successiva al trentesimo giorno decorrente dalla scadenza del termine di costituzione in giudizio delle parti intimare.

Per prassi, dunque, si ammette che le parti producano atti e memorie fino al giorno dell'udienza predetta.

Il giudice decide - come già detto - con **sentenza in forma semplificata** e, se ne sussistono i presupposti, ordina l'esibizione e, ove previsto, la pubblicazione dei documenti richiesti, entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni, stabilendo, ove occorra, le relative modalità.

Restano tuttavia **irrisolte due questioni**⁵⁹.

La prima riguarda la **possibilità di postulare la tutela cautelare anche nel rito dell'accesso**, su cui nulla dice l'art. 116 c.p.a..

In linea teorica non si ravvisano impedimenti a tanto, ma poiché il rito è già di per sé improntato ad estrema celerità essa risulterebbe ultronea; inoltre, l'ostensione accordata in sede monitoria coinciderebbe con l'integrale soddisfazione del diritto fatto valere nel merito, perdendo, dunque, la sua natura anticipatoria e determinando il venir meno dell'interesse alla prosecuzione dell'azione principale.

La seconda, invece, concerne la **possibilità o meno di chiedere, congiuntamente all'ostensione, il ristoro dei danni**.

Tradizionalmente la giurisprudenza l'ha negata sull'assunto che il rito spe-

documenti richiesti possano subire un pregiudizio alla propria sfera di riservatezza o in coloro cui si riferiscono i documenti oggetto dell'istanza».

⁵⁸ Consiglio di Stato, 1° febbraio 2010, n. 421.

⁵⁹ Cosmai-Iovino, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2016.

ziale non tolleri domande diverse ed ulteriori rispetto a quella per la quale è preordinato⁶⁰.

Tuttavia, alla stregua dell'art. 30 c.p.a. la domanda di risarcimento dei danni, in sede di giurisdizione esclusiva, può essere promossa anche contestualmente ad altra azione senza alcuna limitazione imposta dal tenore letterale della legge, sicché la si può ritenere ammissibile anche nell'ipotesi in questione, dando luogo, in tal caso, a problemi circa l'individuazione del rito applicabile, poiché a mente dell'art. 32 c.p.a., ferma la trattazione congiunta delle domande nel medesimo processo, qualora per l'una sia previsto il rito speciale e per l'altra quello ordinario prevale quest'ultimo.

PILLOLE DI GIURISPRUDENZA – IL RITO IN MATERIA DI ACCESSO

■ **Art. 116 c.p.a. – Appellabilità ordinanza T.a.r. su istanza accesso presentata nel corso del giudizio di annullamento – Ammessa** - L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha affrontato la questione dell'appellabilità dell'ordinanza del T.a.r. che decide in ordine ad una istanza di accesso ai documenti amministrativi presentata nel corso del giudizio. Con riferimento alla fattispecie in esame, rileva il disposto del secondo comma dell'art. 116 c.p.a., secondo cui il ricorso in materia di accesso può essere proposto in pendenza del giudizio al quale la richiesta di accesso è connessa, previa notificazione all'Amministrazione ed agli eventuali controinteressati. Su tale istanza il Giudice si pronuncia con ordinanza separata rispetto al giudizio principale oppure con sentenza che definisce il giudizio stesso. Sul presupposto che l'ordinanza relativa all'istanza di accesso ha valore decisorio in quanto incide su situazioni giuridiche diverse rispetto a quelle proposte nel giudizio principale, potendosi assimilare ad un ricorso proposto in via autonoma, si deve concludere nel senso che "l'ordinanza resa nel corso del processo di primo grado sull'istanza di accesso documentale ai sensi dell'art. 116, secondo comma, cod. proc. amm., è appellabile innanzi al Consiglio di Stato" (Consiglio di Stato, Ad. plenaria, sentenza 24 gennaio 2023, n. 4).

3. Le comunicazioni

L'art. 29, sulla scia delle dirompenti innovazioni tecnologiche estese anche al settore degli appalti, stabilisce che le comunicazioni e gli scambi di informazioni previste dal Codice, avvengono, in conformità a quanto disposto dal Codice dell'amministrazione digitale, tramite le piattaforme di e-procurement di cui all'art. 22 e, in subordine, mediante l'utilizzo del domicilio digitale.

Per le comunicazioni tra le pubbliche amministrazioni si applica altresì

⁶⁰ T.a.r. Roma, 12 giugno 2007, n. 5365.

l'art. 47 del D.Lgs. n. 82/2005⁶¹.

Scompare, dunque, l'elencazione delle regole della comunicazione previste all'art. 52 del previgente Codice.

PILLOLE DI GIURISPRUDENZA – COMUNICAZIONI

■ **Procedure telematiche – Comunicazioni ai partecipanti in corso di gara – Modalità – Difetto di coerenza – Oneri di diligenza sproporzionati – Illegittimità** – Sul punto il Collegio non può però che di ribadire come, all'interno di procedure telematiche caratterizzate da termini particolarmente serrati come quella in esame, sia fondamentale l'utilizzo di modalità idonee e coerenti per comunicare ai concorrenti lo svolgimento delle operazioni di gara. In mancanza di ciò, si rischia di imporre ai candidati degli oneri di diligenza sostanzialmente sproporzionati che portano all'eliminazione di concorrenti per omissioni facilmente evitabili e, quindi, all'illegittima compromissione del principio di massima partecipazione, come avvenuto nel caso in esame (T.a.r. Marche-Ancona, 13.09.2019 n. 560).

4. Domande & Risposte

FOCUS	DOMANDA	RISPOSTA
Trasparenza e pubblicazioni (par.1)	Quali sono gli obblighi della stazione appaltante in tema di pubblicazioni?	L'art. 28 prevede che le informazioni e i dati relativi alla programmazione di lavori, servizi e forniture, nonché alle procedure dell'intero ciclo di vita dei contratti, esclusi quelli considerati riservati ai sensi dell'art. 35 o secretati ai sensi dell'art. 139, sono trasmessi tempestivamente alla Banca dati Nazionale dei contratti pubblici attraverso le piattaforme digitali di cui all'art. 25.

⁶¹ L'art. 47 prevede, al comma 1, che "Le comunicazioni di documenti tra le pubbliche amministrazioni avvengono mediante l'utilizzo della posta elettronica o in cooperazione applicativa; esse sono valide ai fini del procedimento amministrativo una volta che ne sia verificata la provenienza. Il documento può essere, altresì, reso disponibile previa comunicazione delle modalità di accesso telematico allo stesso".

La riforma del Codice appalti

FOCUS	DOMANDA	RISPOSTA
Trasparenza e pubblicazioni (par. 1.5)	Quali dati è tenuta a pubblicare la Pubblica Amministrazione?	A mente del comma 3 dell'art. 28 sono pubblicati: la struttura proponente; l'oggetto del bando; l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte; l'aggiudicatario; l'importo di aggiudicazione; i tempi di completamento dei lavori, servizi o forniture; l'importo delle somme liquidate
Accesso e riservatezza (par. 2.)	È sempre esclusa l'ostensione dell'offerta in presenza di dichiarazione da parte dell'offerente di segreti tecnici o commerciali come tali non divulgabili?	Il comma 4 dell'art. 35 prevede che le informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a sua giustificazione che costituiscono, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali, possono essere escluse dal diritto di accesso e divulgazione, precisando il comma 5, che è consentito l'accesso al concorrente solo se indispensabile ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi rappresentati in relazione alla procedura di gara.
Accesso e riservatezza (par. 2.6)	Cosa accade se la stazione appaltante ritiene insussistenti le ragioni di segretezza indicate dall'offerente?	La stazione appaltante può rendere visibile e dunque divulgare la parte dell'offerta di cui era stato chiesto l'oscuramento ma non prima del decorso del termine di impugnazione della decisione assunta. Inoltre, a mente del comma 6 dell'art. 36, può inoltrare segnalazione all'ANAC che può irrogare una sanzione pecuniaria qualora vi siano reiterati rigetti di istanze di oscuramento.

LA PROC

*In materia di pro
novità introdotte di
pratico sulle stazio
il differimento dell'e
amministrazioni po*

SOMMARIO: 1. La pr
- 1.2. La programma:
La localizzazione e a
e progettazione delle
1.5. Il dibattito pubbl
appalti - 2.2. La prog
della progettazione -
struzioni - 2.5. L'app
superiore dei lavori p
Cenni - 3.2. Gli incen
mande & Risposte

REFERIMENTI NORMA

1. La programm

1.1. Dagli albori a

È con la Legge
94 (cd. Merloni) cl
bilgio generale per
un'opera **pubblica**
fino all'incertezza
contingenti, client
oltre a riverberarsi
di un'interruzione d
L'introduzione
con il sistema di pro
zione urbanistica" e

L'art. 14, comma 1
della presente legge di sin
modificata e di suoi aggr
1991 - Iovino, 1

FOCUS	DOMANDA	RISPOSTA
Trasparenza e pubblicazioni (par. 1.5)	Quali dati è tenuta a pubblicare la Pubblica Amministrazione?	A mente del comma 3 dell'art. 28 sono pubblicati: la struttura proponente; l'oggetto del bando; l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte; l'aggiudicatario; l'importo di aggiudicazione; i tempi di completamento dei lavori, servizi o forniture; l'importo delle somme liquidate
Accesso e riservatezza (par. 2.)	È sempre esclusa l'ostensione dell'offerta in presenza di dichiarazione da parte dell'offerente di segreti tecnici o commerciali come tali non divulgabili?	Il comma 4 dell'art. 35 prevede che le informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a sua giustificazione che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali, possono essere escluse dal diritto di accesso e divulgazione, precisando il comma 5, che è consentito l'accesso al concorrente solo se indispensabile ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi rappresentati in relazione alla procedura di gara.
Accesso e riservatezza (par. 2.6)	Cosa accade se la stazione appaltante ritiene insussistenti le ragioni di segretezza indicate dall'offerente?	La stazione appaltante può rendere visibile e dunque divulgare la parte dell'offerta di cui era stato chiesto l'oscuramento ma non prima del decorso del termine di impugnazione della decisione assunta. Inoltre, a mente del comma 6 dell'art. 36, può inoltrare segnalazione all'ANAC che può irrogare una sanzione pecuniaria qualora vi siano reiterati rigetti di istanze di oscuramento.

LA PROC

*In materia di progra
novità introdotte da
pratico sulle stazio
il differimento dell'e
amministrazioni po*

SOMMARIO: 1. La pr
- 1.2. La programma:
La localizzazione e a
e progettazione delle
1.5. Il dibattito pubbl
appalti - 2.2. La prog
della progettazione -
struzioni - 2.5. L'app
superiore dei lavori p
Cenni - 3.2. Gli incen
mande & Risposte

RIFERIMENTI NORMA

1. La programm

1.1. Dagli albori a

È con la Legge
94 (cd. Merloni) ch
biligo generale per
un'opera **pubblica**
fino all'incertezza
contingenti, client
oltre a riverberarsi
di un'interruzione d

L'introduzione
con il sistema di pro
zione urbanistica" e

L'art. 14, comma 1
della presente legge di sin
trasferita e di suoi aggior
"E osmai - Iovino, ,