

L'accesso nelle procedure di pubblica evidenza: la complessa ricerca di una pacifica convivenza tra esigenze di riservatezza e diritto a conoscere.

di Valentina FERRARA*

SOMMARIO: **1.** L'istituto dell'accesso agli atti: origini ed evoluzione; **1.1.** L'accesso civico generalizzato; **2.** L'accesso agli atti di gara: breve esegesi dell'art. 53 d.lgs. 50/2016; **3.** Qualificazione dell'istanza di accesso: sull'applicabilità dell'accesso civico generalizzato agli atti di gara; **3.1.** La tesi dell'esclusione dell'accesso civico generalizzato alla materia degli appalti; **3.2.** La tesi dell'applicabilità dell'accesso civico generalizzato agli atti di gara; **4.** La tutela dei segreti tecnici e commerciali; **5.** Conclusioni.

ABSTRACT: *The principle of proportionality is a pillar of the Italian law. This is based on the Constitution and on the sources of European law that have transformed its essence. In fact, from a criterion dependent of the principle of equality, the principle of proportionality has become an independent means of assessment for the legislator and the judges. Today there are many rulings of the Constitutional Court confirming the extensive scope of this principle.*

1. L'istituto dell'accesso agli atti: origini ed evoluzione.

La celeberrima "casa di vetro"¹ dell'amministrazione pubblica impone, quale fisiologica conseguenza dei principi fondamentali, la piena conoscenza da parte

* *Avvocato, Dottore di Ricerca in Diritto e Mercato Globale presso l'Università degli Studi di Salerno.*

¹ Sull'argomento la dottrina è vasta, per tutti si v. G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006; F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008; E. CARLONI, *La "casa di vetro" e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Diritto pubblico*, 2009; F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in F. Scoca (a cura di), *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2012; B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Rimini, 2013; M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, 8-9; V. SARCONI, *La trasparenza amministrativa: da principio a diritto*, in AA.VV., *Il contrasto al fenomeno della corruzione nelle amministrazioni pubbliche*, Roma, 2013; A. PAJNO, *Il principio di trasparenza, alla luce delle norme anticorruzione*, in *Giustizia civile*, 2015, 2; A. ROMANO, *Accesso ai documenti amministrativi*, in A. Romano (a cura di) *L'azione amministrativa*, Torino, 2016; A. LAZZARO, *Trasparenza e prevenzione della cattiva amministrazione*, Milano, 2017.

dei comuni cittadini, dei meccanismi interni, delle scelte, delle valutazioni e di ogni valutazione che muove le pedine della pubblica amministrazione.

Nonostante il diritto di accesso non sia espressamente riconosciuto dalla Costituzione italiana, esso non sfuggì all'attenzione dei padri costituenti, i quali volsero lo sguardo ed il loro studio anche al diritto di conoscenza e partecipazione del cittadino ai processi decisionali.

Pur non avendo una norma costituzionale *ad hoc* che lo disciplini, l'accesso, in quanto naturale esplicazione del dovere di trasparenza dalla parte pubblica, è rinvenibile in più dettami, già a partire dall'art. 1 che riconosce in capo al popolo la sovranità. Ancora, l'art 97, nell'affermare i principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, lascia ricoprire un ruolo importante al tema della trasparenza. Infine, esaminando gli artt. 24 e 113 Cost. ci si rende conto che la conoscenza degli atti che hanno condotto alla lesione della propria posizione giuridicamente tutelata è imprescindibile all'azione di difesa.

Dunque, il principio di trasparenza è un fine per il quale sono strumentali la pubblicità e il diritto di accesso, ma, a sua volta costituisce uno strumento per evitare elusioni del principio di concorrenza e accordi illeciti o corruttivi.

Per tale ragione, la materia in esame acquisisce una valenza diversa e più spessa all'interno del dibattito che coinvolge le procedure di gara ed i contratti pubblici.

Lo sviluppo dei principi dell'ordinamento ha condotto, via via, all'abbandono del primordiale concetto in base al quale la vita della pubblica amministrazione, ricoprendo un ruolo di assoluta supremazia sugli interessi dei privati, dovesse essere avvolta in un velo di segretezza². Tale originario pensiero derivava dalla concezione d'infallibilità dello Stato; d'altronde come avrebbe potuto avere una giustificazione l'interesse di un privato cittadino di venire a conoscenza delle cause di un provvedimento emanato nei suoi confronti se, in ogni caso, non avrebbe potuto comunque poter agire per la difesa della sua posizione, che doveva necessariamente cedere il posto dinanzi al pubblico volere.

² R. VILLATA, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna-Villa Monastero, 18-20 settembre 1986, Milano, 1989; G. VIRGA, *Trasparenza della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale*, in *L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza (atti XXXV Conv. Varenna, 21-23 settembre 1989)*, Milano, 1991; A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo e la trasparenza*, in *L'amministrazione pubblica italiana* (a cura di S. Cassese e C. Franchini), Bologna, 1994.

L'evolversi *in primis* della società stessa, degli scenari politici e di conseguenza della produzione normativa ha portato ad una prima ed embrionale forma di partecipazione data dalla legge n. 241 del 1990, anche sotto la forte spinta degli orientamenti comunitari del tempo.

In tema di partecipazione, la Comunità europea prima, e l'Unione europea poi, hanno seguito un percorso certamente di più ampio respiro rispetto al delimitato ambito del mero procedimento amministrativo. In quelle sedi, la tematica della trasparenza e della partecipazione del privato è stata oggetto di una svolta radicale che ha riformato gli ordinamenti in un'ottica democratica, e che ha consolidato la figura del cittadino europeo.

L'influenza delle istituzioni europee, dunque, ha gravato in maniera notevole sulle riforme nostrane in materia di accesso, così da giungere alla sopracitata normativa che ha messo innanzitutto nero su bianco la volontà di tutelare il diritto alla conoscenza del privato di tutto ciò che tange la propria sfera giuridica, ed in secondo luogo ha abbattuto le mura che circondavano le sedi del potere.

Pertanto negli anni '90 si è arrivati ad affermare con solidità il principio della trasparenza³, il quale deve permeare l'intera vita dell'amministrazione, quindi sia l'iter procedimentale che l'organizzazione stessa dell'attività degli enti. Da ciò ne discende, quale corollario, il diritto di accesso del singolo cittadino, seppur con limiti e riserve, avente una portata innovativa rispetto al passato. Basti pensare che la previgente disciplina prevista dal d.P.R. n. 3 del 1975 statuiva il dovere di mantenere il segreto d'ufficio non solo per gli atti qualificati come segreti, ma in generale per tutti quegli atti che potevano in qualche modo provocare un danno sia per la pubblica amministrazione che per terzi, lasciando piena discrezionalità in tema di ostensione alla persona preposta alla direzione del procedimento, prevedendo altresì una sanzione di natura penale per l'impiegato che rilasciava l'accesso a documenti non segreti. Con l'avvento dell'art. 28 della l. 241 del 1990 è venuto meno il dovere di mantenere il segreto d'ufficio e la discrezionalità sulla decisione di rilascio di informazioni, facendo venir meno anche la subordinazione del divieto di comunicazione da parte del funzionario pubblico alla possibile sussistenza di un danno.

³ M. OCCHIENA, *I diritti di accesso dopo la l. n. 241/1990*, in F. Manganaro e A. Romano Tassone (a cura di), *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto d'informazione*, Torino, 2005.

L'istituto dell'accesso diviene, dunque, il pratico strumento messo nelle mani del cittadino per dar vita al principio della trasparenza, specialmente a seguito, poi, della riforma operata dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15.

Ma il collegamento tra dovere di trasparenza e diritto di accesso resta non proprio di solida struttura, in quanto la normativa richiede in ogni caso un interesse diretto, concreto e specifico correlato ad una posizione giuridicamente tutelata in relazione alla documentazione di cui se ne chiede l'ostensione⁴; altri elementi che connotano l'istituto in tal senso sono le limitazioni tassative previste ex art. 24, la motivazione da porre alla base dell'istanza di accesso, la necessità di dover difendere i propri interessi giuridici, il divieto di utilizzare l'accesso quale strumento per un mero controllo diffuso dell'operato dell'amministrazione.

Alla luce di tale considerazione appare evidente che la portata del diritto di accesso sia direttamente proporzionale a quella della concezione del principio di trasparenza, che è andato ad ampliarsi specialmente negli ultimi due decenni. È arrivato a riconoscersi un esteso diritto di accesso, specialmente in ragione della normativa statunitense il cui paradigma è costituito dal *Freedom of Information Act* (c.d. FOIA), introdotto nel 1966 e poi rivisto in chiave più ampia. Il principio su cui si fonda il concetto del predetto istituto è quello della presunzione di accessibilità ai documenti, ai provvedimenti, agli atti propedeutici alla decisione finale, ai dati ed alle informazioni che sono in possesso dell'amministrazione pubblica: da un lato vi è il c.d. diritto a conoscere e dall'altro troviamo il dovere della p.a. di fornire sua sponte gli atti e le informazioni, proprio a prescindere da una specifica istanza avanzata dal privato cittadino interessato.

1.1. L'accesso civico generalizzato.

Il passaggio dal dovere di esibizione su richiesta, al dovere di rendere pubblico, a prescindere dalla presentazione o meno di una istanza di accesso si è avuto con l'introduzione degli obblighi di pubblicità ed il conseguente accesso civico: la concezione amministrativa della trasparenza è andata oltre il concetto di tutela delle esigenze individuali circoscritte a determinati documenti ed a determinati soggetti titolari di un interesse specifico e qualificato⁵. Ciò ha

⁴ Sulla disciplina della l. 241/1990, in epoca anteriore alle riforme del 2013 e del 2016, v. per tutti M.A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in Enc. dir., Agg. IV, Milano, 2000.

⁵ Si v. G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2017.

consentito la trasformazione da un modello amministrativo di tipo "reattivo" ad uno di tipo "proattivo"⁶.

Il legislatore, con il d.lgs. n. 33/2013 ha introdotto nell'ordinamento italiano una nuova forma di accesso: la stessa norma fissa gli obblighi di pubblicazione inerenti una specifica documentazione e nel caso in cui l'amministrazione non adempia tali obblighi "chiunque" può chiederne l'esibizione⁷.

L'eliminazione delle barriere soggettive che limitavano l'accesso esclusivamente a persone prestabilite titolari di posizioni differenziate rispetto ad altri, e specificamente tutelate dal legislatore, ha permesso un notevole ampliamento dell'istituto oggetto d'esame: viene superato il modello originario della legittimazione perimetrata, per lasciar spazio ad una legittimazione aperta.

Da ciò ne discende che viene meno anche qualsiasi riferimento all'obbligo di motivazione specifica dell'istanza di accesso, essendo consentito a chiunque di poter accedere alla documentazione amministrativa indicata dallo stesso legislatore.

Conseguentemente, ancora, cade anche la possibilità di una valutazione discrezionale da parte dell'amministrazione, in quanto non vi è più la necessità di una scelta sul bilanciamento di interessi tra riservatezza e trasparenza, poiché tale valutazione viene già effettuata *ex ante* dallo stesso legislatore, il quale opera una scelta a monte circa la tipologia di atti e provvedimenti di cui s'impone la pubblicazione e che, quindi, saranno oggetto dell'accesso generalizzato. Pertanto, almeno in teoria, non residuerebbe spazio per

⁶ Tale considerazione è stata evidenziata dal Consiglio di Stato, sez. cons. per gli atti normativi, nell'adunanza di sezione del 18 febbraio 2016, n. 515: «Lo schema di nuovo provvedimento ribalta l'attuale impostazione normativa in tema di trasparenza sotto un duplice profilo. Innanzitutto, riconosce al cittadino un vero e proprio diritto alla richiesta di atti inerenti alle pubbliche amministrazioni, a qualunque fine e senza necessità di motivazioni: dunque, la disclosure non è più limitata a quelle informazioni riguardo alle quali egli sia titolare di un interesse specifico e qualificato ("diretto, concreto e attuale") idoneo a "motivare" la sua istanza di accesso, come disposto dalla legge sul procedimento amministrativo (l. 241/90). In secondo luogo, il decreto in discorso aggiunge alla preesistente trasparenza di tipo "proattivo", ossia realizzata mediante la pubblicazione obbligatoria sui siti web di determinati enti dei dati e delle notizie indicati dalla legge (d.lgs. 33/2013), una trasparenza di tipo "reattivo", cioè in risposta alle istanze di conoscenza avanzate dagli interessati. Il passaggio dal bisogno di conoscere al diritto di conoscere (*from need to right to know*, nella definizione inglese *F.O.I.A.*) rappresenta per l'ordinamento nazionale una sorta di rivoluzione copernicana, potendosi davvero evocare la nota immagine, cara a Filippo Turati, della Pubblica Amministrazione trasparente come una "casa di vetro"».

⁷ L'accesso civico generalizzato è stato introdotto in Italia sulla base della delega di cui all'art. 7, comma 1, lett. h) della cd. Legge Madia (legge 124/2015), ad opera dell'art. 6 del d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 che ha novellato l'art. 5 del decreto trasparenza (d. lg. 33/2013).

l'esercizio di discrezionalità da parte dell'Amministrazione destinataria dell'istanza di accesso qualificata come "accesso generalizzato", ma la pratica applicazione non sembra essere fedele all'idea originaria.

Nell'assetto così delineato dalla normativa del legislatore del 2013, nella relazione tra obbligo di pubblicazione e diritto all'esibizione, appare logicamente deducibile anche sul fronte giurisdizionale una condanna a provvedere *ex art.* 116 c.p.a..

L'introduzione dell'istituto dell'accesso civico ha pertanto emancipato (o almeno avrebbe dovuto emancipare) la tutela del diritto di accesso, ha spostato verso l'alto l'asticella dell'attenzione nei confronti del diritto a conoscere dei privati cittadini eliminando i limiti soggettivi all'azionabilità dell'istituto, portandolo così ad un livello superiore nella gerarchia dei diritti, giungendo al rango di diritto fondamentale giacché strettamente ancorato al dovere costituzionale di pubblicità.

Analizzando le origini dell'istituto, è facile notare che il legislatore italiano non ha optato per una pedissequa riproduzione del modello nordamericano del c.d. FOIA, bensì ha deciso di utilizzare in maniera più efficace internet, dapprima con l'introduzione del codice dell'amministrazione digitale nel 2005 e successivamente con le riforme del 2013 e del 2016 che hanno completamente innovato rispetto ai regimi previgenti in materia⁸.

Già con il citato d.lgs. del 2013 il dovere di rendere pubbliche le informazioni diventa un obbligo seriale, di tal guisa esigibile da "chiunque", poi, con il d.lgs. 97/2016 si passa all'accesso generalizzato in attuazione della legge delega n. 124 del 7 agosto 2015: la documentazione ostensibile non si circoscrive più all'area delimitata dall'obbligo di pubblicazione⁹.

Malgrado le innovazioni positive apportate dalle riforme in tema di accesso, la sovrapposizione dei regimi è stata una conseguenza quasi inevitabile, nonostante le due tipologie di accesso civico (semplice e generalizzato) siano così diverse tra loro. La principale distinzione tra i due strumenti sta nel fatto che mentre l'accesso civico semplice consente a chiunque di richiedere ad una pubblica amministrazione l'esibizione di documentazione, nei casi in cui sia

⁸ Cfr. G. SGUEO, *L'accessibilità ad atti e informazioni nell'Unione europea: un percorso in divenire*, in A. NATALINI e G. VESPERINI (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Napoli, 2015.

⁹ M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 597.

stata omessa la pubblicazione obbligatoria, quello generalizzato, invece, consente di accedere a dati ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione¹⁰. Sul punto giova però precisare che, nonostante l'ampiezza della normativa circa l'accesso generalizzato, che non è condizionato dalla esistenza meno di obblighi di pubblicazione, anche il predetto strumento incontra dei limiti e ciò quelli relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti¹¹, secondo quanto previsto dall'art. 5 *bis* del d.lgs. 33/2013.

Si tratta di una serie di limitazione all'accesso generalizzato che, nonostante rivestano lo stesso carattere di tutela di un diritto fondamentale, costituzionalmente garantito, e nonostante siano aderenti agli altri sistemi *FOIA*, sembrano avere un taglio eccessivamente generico, tanto da far correre il rischio di giungere alla vanificazione stessa dell'istituto in esame.

L'*ANAC*, d'intesa con il Garante della privacy, ha poi, definito i suddetti limiti con l'adozione delle "*Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della o definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5, co. 2, del d.lgs. n. 33/2013*", in cui viene evidenziato che, vista la natura e la *ratio*

¹⁰ Sul punto cfr. Tar Campania, Napoli, sentenza n. 2486/2019: «Alla luce del dettato normativo, si comprende bene la rilevante differenza che esiste tra accesso ai documenti e accesso civico generalizzato che, pur condividendo lo stesso tipo di tutela processuale, non possono considerarsi sovrapponibili: il primo è strumentale alla tutela degli interessi individuali di un soggetto che si trova in una posizione differenziata rispetto agli altri cittadini, in ragione della quale ha il diritto di conoscere e di avere copia di un documento amministrativo; il secondo è azionabile da chiunque, senza la previa dimostrazione della sussistenza di un interesse attuale e concreto per la tutela di situazioni rilevanti, senza dover motivare la richiesta e con la sola finalità di consentire una pubblicità diffusa e integrale dei dati, dei documenti e delle informazioni che sono considerati, in base alle norme, come pubblici e quindi conoscibili. L'art. 5, co. 2 del decreto 33/2013 consente ai cittadini di accedere a dati e documenti (detenuti dalle Amministrazioni) "ulteriori" rispetto a quelli oggetto di pubblicazione, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati individuati all'art. 5-bis del decreto, conoscenza che deve portare a favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico».

¹¹ I limiti individuati dall'art. 5 *bis* del d.lgs. 33/2013 attengono alle seguenti categorie: 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; la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia; la libertà e la segretezza della corrispondenza; gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali; casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge. In sintesi, si tratta di una tutela di interessi costituzionalmente garantiti, quali gli interessi pubblici, la protezione dei dati personali *ex art. 2 Cost.*, la segretezza della corrispondenza *ex art. 15 Cost.* e la tutela della proprietà intellettuale *ex art. 41 Cost.*

stessa dell'accesso civico generalizzato, i limiti oggettivi sono delle eccezioni e come tali devono essere interpretati in senso restrittivo.

Una delle questioni venutesi a creare all'indomani dell'entrata in vigore della predetta norma era la pratica determinazione dei limiti all'accesso generalizzato, che di fatto rientra nella valutazione del funzionario incaricato dell'evasione dell'istanza di accesso¹². Il legislatore ha formulato il dettato normativo utilizzando una tecnica alquanto generica, rimettendo la pratica applicazione del caso concreto all'amministrazione diretta interessata, per tale motivo ci si è interrogati sulla delicatezza del bilanciamento tra gli interessi in gioco, nonché sul rispetto del principio di proporzionalità¹³.

Il funzionario, sulla scorta del dettato normativo, ha il compito di valutare caso per caso se l'istanza presentata dal privato cittadino qualificata quale accesso generalizzato sia ammissibile o meno in base ai limiti del citato art. 5 *bis*, oltre ad avere comunque l'obbligo di individuare eventuali controinteressati ed informarli dell'istanza¹⁴; l'accesso sarà rifiutato se il diniego è necessario per evitare un "pregiudizio concreto" alla tutela di uno degli interessi pubblici tutelati dallo stesso T.U. Trasparenza¹⁵.

Nello specifico, il d.lgs. 97/2016 impone all'Amministrazione destinataria dell'istanza di accesso di valutare, quindi, l'eventualità di un danno agli interessi in modo specifico, concreto e diretto, nonché ragionevolmente prevedibile o comunque non meramente ipotetico. Ma, in un contesto tale, è proprio la valutazione discrezionale della concretezza del danno a creare le maggiori difficoltà applicative, in quanto vi è la reale possibilità che la prudenza dell'Amministrazione renda inutile lo strumento dell'accesso generalizzato.

¹² Sul punto si v. E. CARLONI e M. FALCONE, *L'equilibrio necessario. Principi e modelli di bilanciamento tra trasparenza e privacy*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 3.

¹³ Sull'applicazione concreta del principio di proporzionalità in materia di trasparenza e di obblighi di pubblicazione si v. la recente sentenza della Corte Cost. n. 20/2019.

¹⁴ La mancata comunicazione anche solo da uno dei controinteressati vizia dunque, irrimediabilmente, la decisione finale sulla richiesta di accesso rendendola, già per ciò stesso, annullabile.

¹⁵ Per punto di vista favorevole alla compressione del diritto all'accesso per la tutela della privacy, si v. D.U. GALETTA, *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall'entrata in vigore del Decreto FOIA: la trasparenza de "le vite degli altri"?*, in *www.federalismi.it*, 2018, 10. L'Autore ritiene che «L'obiettivo delle richieste appare invece molto sovente connesso, piuttosto, al desiderio di raccogliere informazioni sulla vita (privata e professionale) di soggetti privati ed evoca, quindi, scenari degni del capolavoro cinematografico "Le vite degli altri". Colpisce, infatti, la circostanza che sussistano già ora numerosi casi in cui, pur a seguito dell'accoglimento parziale di una richiesta di accesso (civico) generalizzato, si registri un'insistenza del richiedente l'accesso per cercare di ottenere anche i dati personali omissi».

Dunque, da un lato dovrà aversi riguardo per una eventuale lesione degli interessi pubblici data dalla divulgazione dei dati contenuti nella documentazione richiesta, e, dall'altro, all'interesse del privato alla conoscenza. La giurisprudenza amministrativa¹⁶, nel dirimere le svariate questioni attinenti il bilanciamento tra i contrapposti interessi, ha più volte sostenuto che l'Amministrazione deve in ogni caso stimare i limiti *ex d.lgs. 33/2013* nel rispetto dei canoni di proporzionalità e ragionevolezza, valutando le esigenze di tutti i titolari degli interessi presenti nell'azione amministrativa, compreso quello del richiedente, al fine di ricercare la soluzione che comporti il minor sacrificio per tutti gli interessi coinvolti. Di conseguenza «la presenza delle condizioni che permettono di escludere l'accesso civico generalizzato, come l'esistenza di un pregiudizio alla tutela di interessi pubblici o di interessi privati, non rappresentano limiti assoluti all'accesso civico: la PA deve effettuare una valutazione discrezionale e comparativa, secondo il principio di proporzionalità, fra il beneficio che potrebbe arrecare l'accesso richiesto e il sacrificio causato agli interessi pubblici e privati contrapposti che vengono in gioco»¹⁷.

Anche le Linee guida *ANAC* ed il garante per la protezione dei dati, percorrendo lo stesso sentiero tracciato dal Consiglio di Stato, evidenziano la necessità di un indispensabile bilanciamento degli interessi in gioco, invitano l'Amministrazione a scegliere l'alternativa meno pregiudizievole, ed inoltre, sottolineano anche l'opportunità di ostensione di documenti con l'omissione dei "dati personali" presenti, nel caso in cui l'esigenza informativa, che muove il soggetto richiedente accesso, possa essere soddisfatta senza implicare il trattamento dei dati personali¹⁸.

Orbene, alla luce di quanto delineato in merito all'istituto dell'accesso generalizzato, pare che la pratica applicazione dello strumento in esame si

¹⁶ *Ex multis*, Cons. St., sez. IV, 12 agosto 2016, n. 3631.

¹⁷ Cfr. Tar Campania, Napoli, sentenza n. 2486/2019, cit.

¹⁸ Per una critica alla possibilità dell'accesso parziale si v. A. BERTI, in *Note critiche sulla "funzionalizzazione" dell'accesso civico generalizzato*, 11 maggio 2018, www.giustiziamministrativa.it. L'autore sostiene la parziale oscurazione dei dati personali non è sempre, anzi mai, garanzia di privacy poiché vi è sempre il rischio di una re-identificazione: «non è sufficiente ad escludere l'accesso parziale mediante la tecnica degli omissis, dovendo piuttosto verificarsi, caso per caso, se sia non solo "possibile, ma "altamente probabile" la re-identificazione dei soggetti, perché solo in tal caso potrà dirsi che il pregiudizio derivante dalla ostensione è "altamente probabile". Con l'ulteriore precisazione che neppure l'alta probabilità della "re-identificazione" è di per sé sufficiente a escludere l'accesso parziale dovendo verificarsi se, nonostante detta re-identificazione dei soggetti questi ricevano effettivamente un "concreto pregiudizio».

distanzi da ciò che era stato inizialmente elaborato nel progetto originario. La *ratio* di base della tipologia di accesso generalizzato come viene descritta dalla stessa norma¹⁹, sta nella finalità di «promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche» (art. 1, co. 1, d.lgs. 33/2013) e, nello specifico, quella di «favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico» (art. 5, co. 2. d.lgs. 33/2013); ma i limiti imposti dalla norma, poi, in concreto, rendono le predette finalità difficilmente raggiungibili.

Se al "diritto a conoscere", nonché alla trasparenza, viene riconosciuta pari dignità rispetto all'interesse dell'Amministrazione all'oblio allora nel bilanciamento si dovrebbe aver pari riguardo ad entrambe le fazioni. Eppure, nonostante ancora l'eliminazione della barriera soggettiva che differenzia l'accesso generalizzato dalle altre forme, non è raro il caso in cui il cittadino "chiunque" dovrà motivare il proprio interesse al fine di convincere la p.a. che l'evasione dell'istanza da lui presentata non arrechi un pregiudizio concreto agli interessi tutelati *ex art. 5 bis*²⁰. Nella fattispecie in esame, l'obbligo di motivazione dell'istanza da parte dell'interessato, non viene imposto dalla legge quale elemento necessario all'accoglimento della richiesta, la motivazione diviene uno strumento che il privato ha interesse ad utilizzare in modo tale da consentire all'amministrazione di operare un bilanciamento accurato ed approfondito con gli interessi contrapposti.

2. L'accesso agli atti di gara: breve esegesi dell'art. 53 d.lgs. 50/2016.

¹⁹ La Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della funzione pubblica 30 maggio 2017, n. 2/2017 recante "Attuazione delle norme sull'accesso civico generalizzato (c.d. FOIA)" attribuisce all'accesso civico generalizzato la qualifica di diritto fondamentale.

²⁰ Sulla motivazione dell'istanza di accesso civico generalizzato si v. C. DEODATO, La difficile convivenza dell'accesso civico generalizzato (FOIA) con la tutela della privacy: un conflitto insanabile?, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017. L'Autore rappresenta che «per quanto la legge non esiga l'esplicitazione della motivazione della richiesta di accesso, deve intendersi implicita la sua rispondenza alla soddisfazione di un interesse che presenti valenza pubblica e che non resti confinato a un bisogno conoscitivo esclusivamente privato, individuale o, addirittura, utilitaristico».

In riferimento alle procedure di pubblica evidenza, il Codice degli appalti disciplina il diritto di accesso alla documentazione amministrativa all'art. 53²¹, consentendo l'esibizione degli atti al soggetto che avanzi l'istanza, con specifiche modalità di differimento dipendenti dalla tipologia di procedura e dalla documentazione richiesta.

²¹ Il previgente d.lgs. 163 del 2006, all'art. 13, prevedeva una disciplina di analogo tenore all'attuale d.lgs. 50 del 2016, il cui art. 53 recita: «1. Salvo quanto espressamente previsto nel presente codice, il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241. Il diritto di accesso agli atti del processo di asta elettronica può essere esercitato mediante l'interrogazione delle registrazioni di sistema informatico che contengono la documentazione in formato elettronico dei detti atti ovvero tramite l'invio ovvero la messa a disposizione di copia autentica degli atti.

2. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di accesso è differito:

a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;

b) 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;

c) in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione;

d) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione.

3. Gli atti di cui al comma 2, fino alla scadenza dei termini ivi previsti, non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti.

4. L'inosservanza dei commi 2 e 3 per i pubblici ufficiali o per gli incaricati di pubblici servizi rileva ai fini dell'articolo 326 del codice penale.

5. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione:

a) 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;

b) 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;

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

d) 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.

6. In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto».

La norma del novellato codice si pone in linea di continuità con il testo previgente, mantiene il rinvio a quanto statuito dalla l. 241 del 1990 agli articoli 22 e ss. in materia di accesso, mantiene anche l'impianto delle casistiche di differimento dell'evasione della richiesta; inoltre, resta coerente altresì con la normativa Eurounitaria precedente, dettata dalle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, nonché con l'art. 28 della direttiva 2014/23/UE, con l'art. 21 della direttiva 2014/24/UE e con l'art. 39 della direttiva 2014/25/UE, oggetto di recepimento del Codice dei contratti pubblici vigente.

La disciplina dettata dall'art. 53 resta ugualmente coerente con la formulazione "impersonale" per quanto attiene ai soggetti che sono tenuti a garantire l'accesso, ciò in virtù dell'ormai consolidato orientamento²² in base al quale, a prescindere dalla natura pubblica o privata, tutti i soggetti che pongono in essere una procedura di gara, seguendo le regole dettate dal codice degli appalti, sono tenuti al rispetto dell'intera normativa in materia.

D'altro canto, anche per quanto concerne i soggetti legittimati alla richiesta di accesso, la norma non indica come indispensabile la qualifica di concorrente della procedura in cui si formano gli atti oggetto della richiesta, fatta salva l'eccezione prevista al comma 6 che prevede la legittimazione attiva in capo al concorrente alla gara che necessita degli atti, elencati al comma 5 (non accessibili da coloro che non hanno partecipato alla gara), ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi²³. Il giudice amministrativo, però, in passato ha spesso sostenuto che il rinvio alla l. 241/90 rende necessaria anche la prova di un interesse specifico e concreto da parte del terzo, estraneo alla procedura di pubblica evidenza, che chiede di venire a conoscenza degli atti di gara. Dunque, su tale fattispecie, la giurisprudenza affermava che il terzo, sulla scorta della disciplina dettata dalla legge sul procedimento amministrativo, in virtù dell'espresso rinvio effettuato dal codice degli appalti, avrebbe dovuto dimostrare di ricevere un'utilità concreta dalla conoscenza degli atti di gara²⁴.

Sui limiti oggettivi, al contrario, il codice vigente è molto specifico nelle sue limitazioni, mediante la fissazione delle deroghe di cui al secondo comma, che

²² Si veda, *ex multis*, Cons. di Stato, sentenza n. 3703 del 27 luglio 2017.

²³ Per un esame della disciplina in oggetto si v. R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2018.

²⁴ Cfr., *ex multis*, Cons. di Stato, sez. V, 23 marzo 2015, n. 1545; Cons. di Stato, sez. IV, 29 gennaio 2014, n. 461; Cons. di Stato, sez. IV, 19 marzo 2014, n. 1339, ma già Cons. Stato, V, 10 gennaio 2007, n. 55.

prevede ipotesi di mero differimento a determinate fasi della gara, e di cui al comma sesto, che elenca le ipotesi di esclusione relativa.

La *ratio* dei predetti differimenti sta nel preservare la speditezza della procedura di gara e limitare l'eventualità di possibili collusioni tra gli offerenti, difatti viene spostato in avanti anche il termine previsto dall'art. 10 della l. 241 del 1990, che prevede la possibilità di accesso ai partecipanti in ogni momento e fase della procedura.

Sul punto, però, giova precisare che la giurisprudenza amministrativa si è spesso pronunciata nel senso che il differimento di cui all'art. 53 deve essere inteso con esclusivo riferimento al contenuto delle offerte presentate dagli operatori economici partecipanti alla gara. La *ratio* della norma sta nella tutela della segretezza delle offerte tecnico-economiche, pertanto ciò non impedisce l'accesso alla documentazione amministrativa, e cioè quella relativa ai requisiti soggettivi dei concorrenti²⁵.

Il comma terzo, poi, dell'art. 53 introduce espressamente il divieto di divulgazione, fino alla scadenza dei termini previsti dalla norma stessa, per la documentazione oggetto del comma secondo, per cui è previsto il differimento dell'accesso.

Le deroghe previste in tema di accesso alle procedure di gara potrebbero rientrare nel dettato dell'art. 5 *bis*, comma 3, del d.lgs. 33/2013 sull'accesso civico generalizzato²⁶: il legislatore dell'accesso generalizzato ha previsto divieti di esibizione e divulgazione, poi condivisi dalle linee guida ANAC del 2016, aventi ad oggetto atti secretati o atti inerenti a procedure la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza per i quali è specificamente stabilita una disciplina di secretazione *ad hoc*.

Il citato comma terzo dell'art. 5 *bis* comprende, tra le esclusioni assolute in materia di accesso generalizzato, «i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti». Pertanto, se avesse l'unica funzione di richiamare semplicemente divieti di pubblicazione e di divulgazione già previsti da altre norme, si tratterebbe di una inutile, nonché ridondante, ripetizione.

²⁵ In tal senso si v. TAR Veneto, sentenza n. 512/2017; TAR Lazio, Roma, sentenza n. 3971/2017.

²⁶ Si vd. S.VACCARI, *Il difficile bilanciamento tra favor per la trasparenza e (necessaria) tutela della riservatezza nel d.lgs. 33/2013*, in Dir. ec., 2015.

Piuttosto, la previsione in argomento acquista un significato autonomo e risolutivo se viene connessa alle discipline speciali vigenti in tema di accesso e, in particolare, al primo inciso del primo comma dell'art. 53.

Da ciò ne discende che il riferimento testuale alla disciplina di cui alla l. 241 del 1990, agli artt. 22 e ss., potrebbe essere considerato quale un rinvio ai limiti, alle condizioni ed alle regole in tema di accesso documentale, che devono sussistere affinché possano essere evase le istanze di accesso agli atti inerenti alle procedure di pubblica evidenza.

3. Qualificazione dell'istanza di accesso: sull'applicabilità dell'accesso civico generalizzato agli atti di gara.

Il codice degli appalti, come si è già constatato, prevede una disciplina *ad hoc* in tema di accesso agli atti di gara e, ove non derogata, rinvia alla procedura dettata dalla l. 241 del 1990. Pertanto la giurisprudenza ha affrontato un lungo dibattito in merito all'applicabilità o meno della normativa inerente l'accesso civico generalizzato, stante la clausola di esclusione contenuta nell'art. 5 bis della l. 33 del 2013.

3.1. La tesi dell'esclusione dell'accesso civico generalizzato alla materia degli appalti.

Una delle due opposte posizioni giurisprudenziali ritiene che l'esclusione dell'applicazione dell'accesso generalizzato sia giustificata dalla circostanza che per quanto concerne gli atti di gara, si tratta pur sempre di documentazione che subisce un forte e penetrante controllo pubblicistico da parte dell'*ANAC*, e cioè di soggetti istituzionalmente preposti alla specifica vigilanza e, allo stesso tempo, coinvolge interessi privati di natura economica ed imprenditoriale di per sé sensibili, dunque astrattamente riconducibili alla causa di esclusione di cui al comma secondo, lett. c), dell'art. 5 *bis* del d.lgs. 33 del 2013²⁷.

Dal punto di vista teleologico si evidenzia che il codice degli appalti, nell'attuare le direttive europee, ha lo scopo di tutelare la concorrenza ed assicurare la trasparenza, l'efficienza e l'imparzialità dell'amministrazione. Ciò posto, la qualifica della parte che avanza l'istanza di accesso agli atti di gara risulta giustificata, in quanto la stazione appaltante deve essere in grado di poter

²⁷ Sull'esclusione dell'accesso civico generalizzato in materia di appalti si v. Cons. di Stato, sez. V, 2 agosto 2018, n. 5502; Cons. di Stato, sez. V, 2 agosto 2018, n. 5503; TAR Lazio, sede di Roma, sez. II, 14 gennaio 2019, n. 425; TAR Marche, sez. I, 18 ottobre 2018, n. 677; TAR Emilia Romagna, sede di Parma, 18 luglio 2018, n. 197.

valutare la meritevolezza dell'interesse alla conoscenza dei documenti inerenti la procedura di gara.

Sulla scorta di tale considerazione, si è sostenuto che l'esclusione sarebbe motivata dal fatto che la disciplina dell'affidamento e dell'esecuzione dei contratti pubblici costituisce un insieme normativo chiuso, in quanto espressione di precise direttive europee finalizzate alla massima tutela del principio di concorrenza e trasparenza negli affidamenti pubblici, che di conseguenza attrae a sé pure la regolamentazione dell'accesso agli atti inerenti alle specifiche procedure espletate.

La tesi dell'esclusione fa leva sulla struttura normativa dell'accesso, la quale si compone di tre fattispecie di portata generale (accesso documentale, accesso civico ed accesso civico generalizzato) a cui si affiancano ulteriori discipline settoriali, come quella inerente le gare d'appalto, qui intese come derogatorie rispetto al regime generale.

Secondo questa prima interpretazione, dall'accesso civico generalizzato dovrebbe essere esclusa la documentazione prodotta nei procedimenti afferenti agli appalti pubblici, in quanto la normativa descritta dal d.lgs. 50 del 2016 è un *corpus* normativo a sé stante, basato su regole specifiche e peculiari. Ciò non toglie che, una volta conclusa la fase pubblicistica di aggiudicazione ed iniziata la fase di esecuzione del contratto, il diritto di accesso di tipo generalizzato fuoriesce dal perimetro della legge 241 del 1990 e diviene pienamente operante²⁸.

Parte della giurisprudenza, che ha sposato la tesi dell'esclusione, nell'esaminare i rapporti intercorrenti tra il codice degli appalti e la normativa in tema di trasparenza ed accesso generalizzato, ha interpretato come settoriale e derogatoria la disciplina dettata dall'art. 53 del d.lgs. 50/2016, da prendere prioritariamente in considerazione per il principio di specialità, rispetto a quella ex d.lgs. 33/2013.

A sostegno di tale interpretazione, si è sostenuto che l'art. 5 *bis* del d.lgs. 33/2013 nel fare un generico riferimento ai «casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni modalità o limiti», pertanto la concreta individuazione dei predetti "casi" è rimessa ad altre disposizioni di legge settoriali, quali, appunto, quelle in tema di appalti. La ragione dell'esclusione dell'accesso si riferisce a tutte le fattispecie già normate, ai casi in cui vi sia una regolamentazione vigente che disciplini in

²⁸ Interpretazione confermata dall'ANAC con Delibera n. 317/17.

modo specifico il diritto di accesso in relazione a certi ambiti o materie o situazioni, subordinandolo a condizioni modalità o limiti, peculiari.

Ebbene, secondo questa parte della giurisprudenza, vi sono sussistenti oggettivi ed insuperabili ostacoli alla configurabilità di concreto dell'accesso generalizzato: il diritto di accesso in materia di procedure di pubblica evidenza, è normato dall'art. 53 del d.lgs. 50 del 2016, il quale, a sua volta, rimanda agli artt. 22 e ss. della l. 241 del 1990, dunque la previsione parrebbe applicabile solo ai concorrenti che abbiano partecipato alle procedure di affidamento e che pertanto sono portatori di un interesse qualificato, diretto e attuale alla conoscenza, come previsto dalla citata legge sul procedimento amministrativo²⁹.

D'altronde, come già accennato, le procedure di gara rientrano nella sfera del controllo effettuato dall'ANAC, pertanto, rispetto a questi controlli, l'accesso generalizzato risulterebbe una forma di controllo ulteriore, esperibile da parte di terzi. La duplicazione dei controlli fino al termine della procedura di gara (ANAC e terzi mediante accesso generalizzato) si porrebbe anche in contrasto con i divieti di accesso sanciti dall'art. 53, primo comma, non logicamente motivata³⁰. L'accesso civico generalizzato ha come finalità primaria il controllo diffuso sugli atti dell'amministrazione, nel caso specifico degli atti gara tale funzione è già assicurata dai poteri di controllo e vigilanza dell'ANAC, nonché dall'accesso civico dei documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi dell'art. 29 del codice degli appalti: l'impianto normativo delle procedure di gara vigente garantisce già di per sé i controlli sull'impiego di risorse pubbliche e di promozione della qualità dei servizi. Inoltre, si è sostenuto che ammettere l'accesso civico generalizzato alle procedure di pubblica evidenza significa anche aggravare il procedimento di gara, già di per sé complesso ed articolato³¹. Le richieste di controllo generalizzato sugli atti della gara per

²⁹ Cfr. TAR Emilia Romagna, sez. distaccata di Parma, 11 luglio 2018, sentenza n. 98, in cui si è ritenuto che, almeno prima dell'aggiudicazione, il diritto di accesso civico generalizzato possa essere legittimamente escluso in ragione dei divieti di accesso previsti dall'art. 53 del d.lgs n. 50/2016; successivamente all'aggiudicazione della gara, il diritto di accesso dovrà essere consentito a chiunque, ancorché nel rispetto dei limiti previsti dall'art. 5 *bis*, commi 1 e 2, del d.lgs n. 33/2013.

³⁰ Così G. LABATE, *Accesso civico agli atti di gara a procedura conclusa: la giurisprudenza*, in *Giuricivile*, 2018, 10.

³¹ Cfr. T. TESSARO, M. BERTIN, *Accesso civico e finalità 'esorbitanti' della richiesta di ostensione: una prima indagine casistica per la necessaria distinzione con l'accesso documentale*, www.lexitalia.it, 20 marzo 2018 in cui si evidenziano le conseguenze degli abusi dell'istituto dell'accesso civico generalizzato.

l'assegnazione di un contratto provocherebbero un ritardo nello svolgimento delle procedure, l'affannarsi della macchina amministrativa che, d'altro canto, non comporterebbe una miglioria ma solo uno sterile ritardo poiché una volta conclusasi la procedura, terminata la fase disciplinata dal codice degli appalti, si ritorna al regime ordinario e si applica l'accesso generalizzato senza alcun tipo di complicazione.

La tesi dell'esclusione assoluta della disciplina dell'accesso civico generalizzato nei procedimenti di affidamento di contratti pubblici è stata recentemente sposata anche dal Consiglio di Stato.

L'alto consesso della giustizia amministrativa ha ritenuto che l'eventuale applicazione del d.lgs. 33 del 2013 alle gare d'appalto potrebbe, addirittura, finire per privare di senso il richiamo che l'art. 53 del codice degli appalti fa alla legge n. 241 del 1990; si giungerebbe alla distorsione delle finalità impresse dal codice della trasparenza, non si tratterebbe più di uno strumento volto alla garanzia di un controllo diffuso sull'operato dell'amministrazione, ma diventerebbe un istituto ulteriore (in aggiunta a quello già previsto dalla normativa sugli appalti) per perseguire la soddisfazione di interessi economici e commerciali dell'operatore economico³².

È evidente che le tipologie di accesso qui in esame hanno finalità distinte e differenti, per cui lasciare che una di esse invada il campo dell'altra si tramuterebbe in una distorsione delle finalità (di tutela della collettività) impresse dal legislatore per favorire gli interessi dei singoli, i quali utilizzerebbero l'accesso civico generalizzato per rafforzare la propria difesa in giudizio.

3.2. La tesi dell'applicabilità dell'accesso civico generalizzato agli atti di gara.

La posizione giurisprudenziale opposta a quella sopra descritta sostiene, invece, la piena applicabilità dell'accesso civico generalizzato anche alla materia degli appalti. Tale orientamento si fonda, tra l'altro, sulla considerazione in base alla quale non si ravvedono motivi ostativi all'inclusione

³² In tal senso la recente sentenza del Cons. di Stato, 2 agosto 2019, sentenza n. 5503, in cui si rappresenta che «la legge propende per l'esclusione assoluta della disciplina dell'*accesso civico generalizzato* in riferimento agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici. Tale esclusione consegue, non ad incompatibilità morfologica o funzionale, ma al delineato rapporto positivo tra norme, che non è compito dell'interprete variamente atteggiare, richiedendosi allo scopo, per l'incidenza in uno specifico ambito di normazione speciale, un intervento esplicito del legislatore».

della normativa in esame, non reggono le motivazioni adottate per negare l'accesso civico nei confronti della documentazione presentata in gara quanto meno in astratto, con le dovute eccezioni del caso³³.

La scelta dell'applicabilità dell'accesso generalizzato viene sostenuta da una lettura coordinata degli artt. 53 del codice degli appalti, 5 *bis* del testo sulla trasparenza e 22 ss. della legge sul procedimento amministrativo: l'art. 5 *bis* esclude casi determinati e specifici in cui l'accesso è subordinato a determinate condizioni e limiti, non intende escludere intere materie, come può essere quella degli appalti³⁴.

Il terzo comma dell'art. 5 *bis* del d.lgs. 33/2013, secondo parte della giurisprudenza amministrativa, non può essere quindi interpretato nel senso della totale esclusione di un intero settore, possono essere esclusi solo determinati "casi" ben circoscritti, in cui norme speciali possono prevedere specifiche condizioni, modalità e limiti.

L'ambito delle materie sottratte all'applicazione dello strumento dell'accesso generalizzato deve necessariamente essere localizzato e confinato in singole fattispecie, senza possibilità di estensione o analogia interpretativa.

Analizzando la normativa dal punto di vista sistematico, la previsione dell'art. 53 del d.lgs. 50/2016 ha lo scopo di scandire i tempi dell'accesso documentale

³³ In tal senso v. TAR Lombardia, sez. IV, 11 gennaio 2019, sentenza n. 45.

³⁴ Sul punto, si v. Cons. di Stato, 5 giugno 2019, sentenza n. 3780, la quale, prendendo le mosse da una lettura coordinata e da una interpretazione funzionale dell'art. 53, d.lgs. n. 50 del 2016, che rimanda alle norme contenute negli artt. 22 ss., l. n. 241 del 1990, e dell'art. 5 *bis*, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013, ha sostenuto che «nel limitare tale diritto, a "specifiche condizioni, modalità e limiti" ma non ad intere "materie". Diversamente interpretando, significherebbe escludere l'intera materia relativa ai contratti pubblici da una disciplina, qual è quella dell'accesso civico generalizzato, che mira a garantire il rispetto di un principio fondamentale, il principio di trasparenza ricavabile direttamente dalla Costituzione. Entrambe le discipline, contenute nel d.lgs. 50/2016 e nel d.lgs. 33/2013, mirano all'attuazione dello stesso, identico principio e non si vedrebbe per quale ragione, la disciplina dell'accesso civico dovrebbe essere esclusa dalla disciplina dei contratti pubblici. D'altro canto, il richiamo contenuto nel primo comma, del citato art. 53 Codice dei contratti, alla disciplina del c.d. accesso "ordinario" di cui agli artt. 22 e ss. della l. 241/90 è spiegabile alla luce del fatto che il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 è anteriore al d.lgs. 25 maggio 2016, n. 67 modificativo del d.lgs. 33/2013. Il d.lgs. 25 maggio 2016 n. 97, che ha introdotto l'accesso civico novellando l'art. 5 d.lgs. n. 33/2013, si è dichiaratamente ispirato al cd. "Freedom of information act" che, nel sistema giuridico americano, ha da tempo superato il principio dei limiti soggettivi all'accesso, riconoscendolo ad ogni cittadino, con la sola definizione di un "numerus clausus" di limiti oggettivi, a tutela di interessi giuridicamente rilevanti, che sono appunto precisati nello stesso art. 5 co. 2 d.lgs. n. 33/2013. L'intento del legislatore delegato è stato quello di "favorire forme diffuse di controllo nel perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche", promuovendo così "la partecipazione al dibattito pubblico».

poiché se così non fosse, e se si applicasse esclusivamente la disciplina della l. 241/1990, verrebbero lesi i principi di parità di trattamento e di libera concorrenza: l'operatore economico che può accedere alla documentazione di gara in qualsiasi fase della stessa ottiene un vantaggio a discapito degli altri operatori concorrenti.

Sulla stessa linea anche l'art. 29 del codice degli appalti, il quale nel prevedere l'obbligo di pubblicazione degli atti inerenti una procedura di pubblica evidenza, determina anche il termine ed il luogo di pubblicazione, facendo espresso riferimento al codice della trasparenza. Ciò rappresenta una ulteriore forma di coesistenza senza contrasti tra le due discipline, entrambe da sole non basterebbero a garantire l'attuazione dei principi di trasparenza, tutela della concorrenza e parità di trattamento.

D'altronde, l'accesso civico generalizzato e la normativa in materia di contratti pubblici mirano alla garanzia del principio costituzionalmente tutelato della trasparenza della pubblica amministrazione, pertanto non si ravvede alcuna ragione per la quale gli appalti debbano essere sottratti al regime della trasparenza nella sua forma più elevata. La preclusione dell'accesso in forma generalizzata alla documentazione delle procedure ad evidenza pubblica potrebbe risultare quasi paradossale, dal momento che si elimina una ulteriore possibilità di controllo diffuso sull'azione dell'amministrazione pubblica in uno dei settori dove l'illegalità e la corruzione sono più diffusi³⁵.

Ancora, sostengono gli stessi giudici amministrativi, ulteriore conferma della tesi dell'applicabilità è rinvenibile nell'interpretazione funzionale della nuova modalità di accesso generalizzato. Il già citato sistema statunitense, c.d. FOIA, supera il concetto di interesse soggettivo alla conoscenza di un determinato atto amministrativo e rende liberamente accessibile a chiunque il diritto alla conoscenza degli atti pubblici, mantenendo solo alcuni limiti oggettivi. Tale sistema è stato preso a modello dal legislatore italiano, che lo ha traslato nel nostro accesso civico generalizzato³⁶.

Pertanto, essendo la finalità ultima dell'accesso libero ed universale quella di porre il privato cittadino nella condizione di conoscenza dei procedimenti

³⁵ L'istituzione stessa dell'*ANAC* ed i relativi poteri in materia di vigilanza, controllo e sanzioni, avvalorano la tesi sopraesposta. Per completezza espositiva si rinvia all'Allegato sull'Italia della Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione del 3 febbraio 2014 della Commissione Europea, in cui sono riportati i dati sulla corruzione nelle gare pubbliche.

³⁶ Sulla trasparenza in funzione del controllo, si v. E. D'ALTERIO, *I controlli sull'uso delle risorse pubbliche*, Milano, 2015.

pubblici nello svolgimento delle funzioni istituzionali ed in merito all'utilizzo delle risorse pubbliche, promuovendo altresì la partecipazione dei privati al dibattito pubblico, non si comprende la motivazione dell'esclusione in un campo che è di vitale importanza per l'esercizio dei pubblici poteri.

Lo scopo dell'accesso generalizzato, qui si ribadisce, arriva a soddisfare proprio una specifica esigenza delle gare di appalto, cioè quella di porre in essere procedure trasparenti, tra l'altro funge anche da strumento di prevenzione e contrasto alla corruzione.

Non vi è dubbio che, all'interno di una procedura di gara, l'accesso civico potrà essere temporalmente vietato, ma ciò può avvenire con gli stessi limiti in cui ciò avviene per i partecipanti alla gara, e quindi fino a che la procedura non sarà terminata, e, per di più, ciò non esclude in senso assoluto, se non per quanto stabilito da altre disposizioni, l'applicabilità del d.lgs. 33/2013. Perciò, anche se la disciplina dell'accesso agli atti in materia di appalti, come si rinviene nell'art. 53 del codice dei contratti pubblici, configurasse una disciplina peculiare, ciò non potrebbe escludere definitivamente l'accesso civico.

Secondo tale giurisprudenza, nel caso in cui non sussistano possibili pregiudizi alla tutela di interessi privati, ovvero di interessi economici, commerciali, compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore ed i segreti commerciali, non vi è motivo di escludere l'accesso generalizzato. Ciò anche in virtù della possibilità data alla stazione appaltante di poter oscurare dati ed informazioni sui documenti oggetto della richiesta, che risultano inconferenti e che, quindi, non limitano il diritto di accesso³⁷. Alla luce di ciò, poiché l'accesso universale è stato riconosciuto quale diritto fondamentale, esso potrà essere bilanciato con altri interessi giuridicamente rilevanti ma non potrà essere escluso a priori.

Ancora, la tesi dell'ammissione fa leva proprio sul percorso evolutivo di progressivo ampliamento, sia oggettivo che soggettivo, avanzato dalla trasparenza nel diritto amministrativo; in tale percorso appare quasi anacronistico escludere dal campo degli appalti una conquista storica in tema di trasparenza.

La stessa Corte Costituzionale, in una recente sentenza³⁸, ha evidenziato la strada percorsa in tema di accesso, rilevando come l'affermazione di un modello di trasparenza fondato sulla disponibilità assoluta della documentazione in possesso della pubblica amministrazione si sia affiancato al

³⁷ In tal senso v. TAR Campania, sez. VI, 22 dicembre 2017, n. 1754.

³⁸ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 20 del 2019.

previgente sistema basato sulla mera accessibilità agli atti motivata dalla tutela di una singola posizione giuridicamente rilevante afferente all'istante interessato.

Tra l'altro, anche la normativa sovranazionale deve imporre l'inclusione dell'accesso generalizzato alle procedure di gara. Basti pensare all'art. 42 della Carta di Nizza, che qualifica l'accesso ai documenti come diritto fondamentale di ogni cittadino dell'Unione Europea, o ancora all'art. 15 del T.F.U.E., il quale riconosce l'accesso ai documenti delle istituzioni dell'Unione a prescindere dal loro supporto³⁹.

Ancora, l'accesso generalizzato e l'accesso previsto dal codice dei contratti hanno altresì strutture ed elementi portanti differenti tra loro, ciò, in base alla interpretazione di parte della giurisprudenza amministrativa, consente la possibile applicazione di entrambi i regimi alle procedure di gara, senza correre il rischio di incappare in contrasti o paradossi.

Gli aspetti strutturali in cui differiscono gli istituti in esame sono: legittimazione, oggetto e finalità

Per quanto riguarda la legittimazione, l'accesso documentale ex art. 53 d.lgs. 50/2016 è consentito agli operatori economici che partecipano alla gara, mentre per azionare l'accesso generalizzato chiunque è legittimato.

In merito all'oggetto delle tipologie di accesso in esame, l'accesso civico generalizzato può essere utilizzato dal privato per ottenere informazioni esistenti ma non ancora contenute in documenti in possesso dell'amministrazione, ebbene potrebbe anche rendersi necessaria un'attività da parte dell'amministrazione al fine di rendere le informazioni accessibili al pubblico. L'accesso ex art. 53 del d.lgs. 50/2016, invece, facendo espresso rinvio alla disciplina della legge n. 241 del 1990, è ammesso soltanto per l'esibizione, visione e copia di documenti esistenti, detenuti dalla pubblica amministrazione.

La finalità delle fattispecie descritte si differenzia in quanto l'accesso generalizzato mira a fornire uno strumento di controllo al privato cittadino, invece l'accesso documentale ha lo scopo di fornire all'operatore economico le informazioni necessarie per difendere la propria posizione giuridica in sede

³⁹ La Corte Edu ha ricondotto il diritto di accesso ai documenti in possesso delle pubbliche amministrazioni all'art. 10 della Convenzione, evidenziando come il diritto della stampa a ricevere o divulgare informazioni sarebbe svuotato di significato senza un'adeguata tutela dell'accesso documentale. Così, Grande Camera, 8 novembre 2016, *Case of Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*.

giurisdizionale. Discende da ciò che un controllo generalizzato sull'operato dell'amministrazione aggiudicatrice giustifica anche la minore intensità e la maggiore estensione dell'accesso dei dati e delle informazioni detenuti dalla stazione appaltante, mentre nel caso dell'accesso documentale, la difesa della situazione soggettiva fonda la maggiore intensità della pretesa ad ottenere documenti pertinenti e la minore estensione dell'esigenza di prendere visione di documenti inutili.

Il legislatore, con l'introduzione dell'accesso generalizzato, ha voluto affiancare alla logica privatistica dell'accesso documentale, strumentale alla difesa esclusivamente della propria posizione, la logica della trasparenza come strumento di democrazia, cioè come supporto al corretto funzionamento dello Stato: una gara trasparente è una gara corretta, è una procedura effettivamente concorrenziale, pertanto ne gioverà sia il mercato imprenditoriale, sia la qualità del servizio pubblico offerto alla collettività.

4. La tutela dei segreti tecnici e commerciali.

La tematica dell'accesso, calata nella materia degli appalti, diventa ancora più complessa nel momento in cui l'oggetto della documentazione richiesta rientra nell'ambito del segreto tecnico o commerciale.

Giurisprudenza e prassi, anche in questa occasione, mostrano quanto siano lontani la pacifica interpretazione della normativa ed un equo bilanciamento degli interessi in gioco. La tesi che consente il più ampio accesso, in virtù di esigenze difensive rappresentanti principi fondamentali del nostro ordinamento, si scontra con l'orientamento che privilegia la riservatezza dell'opera dell'ingegno, del *know how* aziendale, traducibile in ciò che rende differente l'offerta stessa di ogni operatore economico.

All'interno di una procedura di gara è fortemente sentita l'esigenza di garantire la riservatezza alle offerte tecniche presentate dai partecipanti, si pensi a titolo esemplificativo all'importanza di mantenere oscure le giustificazioni fornite dai concorrenti in merito ai "prodotti equivalenti" in un appalto di forniture.

Il citato art. 53 del codice degli appalti, nel disciplinare la fattispecie, non definisce in modo chiaro la possibilità di esibizione a terzi delle offerte, limitandosi a consentire solo la secretazione di alcuni atti, qualificati come strumentali. La norma rende ancora più intricata la questione con il suo sesto comma, nella parte in cui consente l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto, anche per le informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a

giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali.

Pertanto, l'accesso ai segreti commerciali contenuti nelle offerte tecniche è di regola vietato, ma tali atti possono essere esibiti nel caso in cui l'operatore economico (che ricopra necessariamente la qualifica di concorrente alla gara in cui si producono gli atti oggetto dell'istanza di accesso) debba difendersi in giudizio per tutelare la propria posizione⁴⁰.

La *ratio* di tale previsione sta nel fatto che l'accesso ai documenti amministrativi, la cui conoscenza sia necessaria per difendere i propri interessi, deve essere sempre e comunque garantito: tale diritto prevale sull'interesse alla riservatezza di eventuali controinteressati in base all'art. 24, comma 7, della legge n. 241 del 1990.

Il principio della prevalenza del diritto alla difesa sull'interesse alla riservatezza trova applicazione anche quando oggetto dell'istanza di accesso siano le offerte presentate in una procedura ad evidenza pubblica, anche se si tratta di giustificazioni fornite alla Stazione appaltante, e che costituiscano quindi segreti tecnici o commerciali.

Inoltre, la mera opposizione del controinteressato per la tutela di segreti tecnici e commerciali, di regola, non potrebbe impedire di per sé l'accesso, ma si necessita in ogni caso di una valutazione da parte dell'amministrazione destinataria dell'istanza di accesso⁴¹.

Pertanto, il diritto di accesso agli atti di una gara di appalto può essere riconosciuto anche nell'ipotesi in cui vi sia l'opposizione di altri partecipanti controinteressati ai fini della tutela di segreti tecnici e commerciali, in quanto esso può essere considerato prevalente rispetto all'esigenza di riservatezza o di segretezza.

D'altronde, come parte della giurisprudenza amministrativa ha opinabilmente sostenuto, la decisione stessa dell'impresa a partecipare ad una gara pubblica implicherebbe di per sé il rischio di divulgazione del segreto industriale o commerciale, in dipendenza dei caratteri di pubblicità e trasparenza che assistono la procedura di pubblica evidenza⁴².

⁴⁰ Sul tema si v. S. BIANCARDI, *Accesso difensivo nei procedimenti di gara*, La Gazzetta degli Enti Locali, 10/1/2019.

⁴¹ In tal senso si v. Tar Puglia, Bari, Sez. III, 14 gennaio 2019, ord. n. 49 in cui si riconosce che l'impresa ricorrente sia titolare di un interesse diretto, attuale e concreto, rispecchiando quanto richiesto dalla l. 241 del 1990, all'accesso pieno all'offerta tecnica della controinteressata ed al resto della documentazione, strumentale alla tutela in giudizio delle proprie posizioni giuridiche.

⁴² Cfr. Tar Puglia, Bari, sez. III, 14 gennaio 2019, ord. n. 49, cit.

Nello scenario appena delineato non deve, però, perdersi di vista anche la necessità di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza; la scelta dell'amministrazione dovrebbe ricadere sulle modalità meno pregiudizievoli sia per i diritti dell'interessato, sia per le esigenze di riservatezza del controinteressato⁴³.

Il bilanciamento tra il diritto alla tutela dei segreti industriali ed il diritto all'accesso difensivo è ovviamente necessario al fine di accertare il nesso di strumentalità tra la documentazione richiesta dalla parte istante e le censure formulate in giudizio; stante ciò, l'onere della prova dovrebbe, altresì, ricadere proprio su chi agisce, sulla scorta dei principi generali del processo.

Sul punto, i giudici di Palazzo Spada hanno sostenuto che è necessario procedere preliminarmente all'espletamento della c.d. prova di resistenza nei confronti dell'offerta della ricorrente, al fine di verificare la sussistenza del concreto nesso di strumentalità tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e la difesa in giudizio degli interessi della stessa impresa ricorrente⁴⁴. Solo in secondo luogo si renderà necessario esaminare l'effettiva necessità di tutela della riservatezza del segreto commerciale richiesta dall'impresa resistente.

5. Conclusioni.

L'accesso agli atti di una procedura di evidenza pubblica, nell'analisi qui effettuata, senza alcuna pretesa di esaustività, risulta una questione tutt'altro che pacifica.

Sulla possibilità o meno di consentire l'accesso civico generalizzato alle procedure disciplinate dal codice degli appalti, ancora oggi, la giurisprudenza è divisa. Entrambe le tesi prospettate sono sostenute da solide strutture motivazionali, dunque, proprio per l'importanza della questione nella vita concreta e quotidiana delle pubbliche amministrazioni, sarebbe necessaria una pronuncia chiarificatrice dell'Adunanza plenaria.

Concedere l'applicazione dell'istituto dell'accesso civico generalizzato alle gare d'appalto se da un lato provocherebbe una distorsione della finalità dello

⁴³ Sul punto si rinvia ai pareri del Garante per la protezione dei dati personali, in cui più volte si è affrontata la questione della proporzionalità tra il diritto all'accesso per esigenze difensive e l'esigenza di riservatezza del controinteressato: n. 58 del 16 febbraio 2017; n. 187 del 10 aprile 2017; n. 363 del 28 agosto 2017; n. 366 del 7 settembre 2017; n. 377 del 21 settembre 2017, in <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home>.

⁴⁴ Cfr. Cons. di Stato, sez. III, 26 ottobre 2018, sentenza n. 6083.

strumento stesso, dall'altro consentirebbe un rafforzamento dei controlli ed un ampliamento della trasparenza proprio in un campo che è di vitale importanza per la collettività.

D'altronde, nel caso in cui fosse riconosciuta la possibilità di avanzare istanze di accesso qualificate come "generalizzato" alle procedure di gara, lasciando inalterato il dettato normativo (sia del codice sulla trasparenza, sia del codice degli appalti) potrebbe far correre il rischio di giungere al paradosso per cui un terzo estraneo alla procedura di gara abbia una maggiore facilità di accesso alla documentazione rispetto ad un operatore economico concorrente, il quale dovrebbe sottostare ai limiti imposti dalla normativa che disciplina le gare d'appalto.

Allo stato attuale, la normativa in tema di trasparenza riconosce a "chiunque" la possibilità di accedere alla documentazione, a prescindere dall'obbligo di pubblicazione o meno della stessa; mentre la normativa dettata dal combinato disposto del d.lgs. 50 del 2016 e della l. 241 del 1990 impone limiti oggettivi e soggettivi molto più stringenti, come si è avuto modo di constatare. Ciò posto, se entrambe le discipline fossero alternativamente applicabili alle procedure di pubblica evidenza, si verrebbe a creare un palese squilibrio tra la posizione del terzo "estraneo" alla gara che opti per l'accesso generalizzato e l'operatore economico che si avvalga dello strumento dell'accesso previsto dall'art. 53 del d.lgs. 50 del 2016.

Per quanto concerne, invece, la possibilità di riconoscere o meno l'accesso alla documentazione di gara inerente le offerte tecniche, ed in particolare gli atti aventi un contenuto reputato "segreto tecnico o commerciale", si apre un ulteriore scenario di dubbia chiarezza.

La norma consente il predetto accesso nel caso in cui l'operatore che ha avanzato l'istanza debba servirsi della documentazione per difendere la propria posizione giuridica in giudizio. In altri termini, il diritto alla difesa prevale sul diritto alla riservatezza dei segreti commerciali.

A ben vedere, però, il diritto alla riservatezza dei segreti tecnici e commerciali rappresenta un'esplicazione di diritti fondamentali costituzionalmente garantiti: il *know how* dell'impresa è espressione del diritto al lavoro, alla partecipazione alla vita economica del paese, del diritto di proprietà. I segreti commerciali sono già stati ampiamente riconosciuti dall'ordinamento italiano, il quale li tutela e ne garantisce l'integrità, prevedendo anche sanzioni penali in caso di offesa, pertanto non si ravvedono ostacoli ad una sua equiparazione ad altri

diritti fondamentali, costituzionalmente garantiti, quale appunto il diritto alla difesa.

In tale contesto, una legge di rango ordinario potrebbe imporre, a prescindere dalla valutazione del caso concreto, la prevalenza di un diritto fondamentale su di un altro? Sembrerebbe quasi di leggere le parole di orwelliana memoria, per cui *tutti gli animali sono uguali, ma ci sono alcuni più uguali degli altri*.

L'analisi della concreta fattispecie dovrebbe ricoprire il ruolo di protagonista sulla scena del bilanciamento dei diritti dei singoli, l'esame dell'effettivo peso in giudizio di un atto contenente segreti tecnici o commerciali dovrebbe rappresentare il punto di partenza nella valutazione complessiva degli interessi in gioco.

Una previsione normativa che impone il soccombere *tout court* di un diritto fondamentale, senza lasciare spazio alla valutazione concreta da parte dell'organo chiamato a giudicare la vicenda, meriterebbe (forse) un momento di riflessione.