

L'ISTITUTO DELL'ACCESSO CIVICO GENERALIZZATO NELLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO E NEGLI APPALTI PUBBLICI

di Andrea Altieri*

1. L'accesso agli atti disciplinato dagli artt. 22 e segg. L. n. 241/90: profili introduttivi. - 2. L'accesso civico previsto dall'art. 5, co. 1, D.Lgs. n. 33/2013 e il nuovo accesso civico *generalizzato* introdotto con D.Lgs. n. 97/2016. 3. Il diritto di accesso negli appalti pubblici: la posizione dell'ultima giurisprudenza amministrativa. - 4. Conclusioni.

* * *

1. L'accesso agli atti disciplinato dagli artt. 22 e segg. L. n. 241/90: profili introduttivi

Il principio di *trasparenza* dell'azione amministrativa rappresenta oggi uno dei temi più attuali e discussi del nostro ordinamento giuridico.

Al suo conseguimento concorrono, tra l'altro, il riconoscimento del diritto di partecipazione dei cittadini all'azione amministrativa l'obbligo di motivazione della P.A. a fronte dei provvedimenti emessi, la pubblicità nella formazione degli atti amministrativi, il diritto di accesso agli atti della Pubblica Amministrazione.

Con la pubblicazione della legge nazionale anticorruzione (L. n. 190/2012) si è assistito ad un ritorno di attualità dei temi dell'etica e della trasparenza nel nostro Stato di diritto, nel tentativo di rafforzare, per quanto possibile, le politiche di prevenzione e la lotta ai fenomeni corruttivi che oggi ricadono quasi esclusivamente sulle forze dell'ordine e sulla magistratura, introducendo ulteriori misure, ad esempio, come l'obbligo per tutte le Amministrazioni di pubblicare *on-line* i conti e i bilanci annuali, di indicare la ripartizione dei costi delle opere e dei servizi pubblici e di fornire informazioni dettagliate sulle gare in corso e già concluse.¹

I successivi provvedimenti di attuazione hanno poi chiarito con maggiore esattezza il perimetro di questa *nuova* trasparenza amministrativa, partendo dal principio affermato nell'art. 1, D.Lgs. n. 33/2013, secondo cui essa oggi va intesa come "*accessibilità totale dei dati e documenti*

* Professore straordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi "Link Campus University", Avvocato patrocinante in Cassazione.

¹ Cfr., A. ALTIERI, "*Brevi riflessioni in materia di legalità e lotta alla corruzione negli appalti pubblici*", Relazione tenuta al Convegno della Polizia di Stato "Per la legalità e il lavoro, lotta alla corruzione, all'evasione, al riciclaggio e alla criminalità organizzata", Roma, 7 ottobre 2014, su www.contabilita-pubblica.it.

detenuti dalle Pubbliche Amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche". Tali disposizioni sono, peraltro, pienamente e direttamente applicabili a tutte le Amministrazioni dello Stato, in quanto tutti gli obblighi contemplati dal predetto disposto normativo vengono intesi quali "livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche a fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione, a norma dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione e costituiscono altresì esercizio della funzione di coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale, di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera r), della Costituzione" (art. 1 co. 3).

Da un punto di vista semantico, il termine *trasparenza* individua la possibilità di indicare il fine e il mezzo dell'indagine conoscitiva racchiudendo nelle sue diverse espressioni, sia un concetto dinamico (e complesso) di accesso alle informazioni, sia statico, in quanto principio ordinamentale che illumina l'intera attività dei pubblici poteri.

E' stato condiviso in dottrina come tale previsione, assunta ora a regola generale dell'ordinamento amministrativo, concorra - seppur nel rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, di segreto d'ufficio, di segreto statistico e di protezione dei dati personali - ad attuare i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione; è specificato, inoltre, come essa sia condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, ed integri il diritto ad una buona amministrazione concorrendo alla realizzazione di una Amministrazione aperta, al servizio dei cittadini.

Risulta in modo evidente, pertanto, l'intento di fondo del legislatore di erigere la trasparenza a principio cardine dei rapporti tra P.A. e collettività, oltre che dell'organizzazione degli apparati pubblici, sottoposti, oggi, ad interventi di razionalizzazione e di riorganizzazione, nel tentativo di contrastare la dilagante deriva corruttiva dei pubblici poteri.

Tanto premesso, la possibilità di accedere agli atti della Pubblica Amministrazione rappresenta, come anticipato, la naturale declinazione di quanto sin qui esposto.

L'istituto dell'*accesso*, infatti, si presenta oggi in una forma articolata e complessa, a valle di una importante stagione di riforme normative che ha voluto affiancare nuove tipologie e modalità di ottenere determinate informazioni dalla P.A. in aggiunta a quanto già previsto dall'ordinamento in tema di trasparenza amministrativa.

Di trasparenza (e di accesso) si era occupata *in primis* la Legge n. 241/90, prevedendo, a seconda delle impostazioni e delle scuole di pensiero, un vero e proprio *diritto soggettivo* piuttosto che un *interesse legittimo* all'accesso endoprocedimentale ed esoprocedimentale agli atti, disciplinato, il primo, dall'art. 10, comma 1, lett. a) del predetto testo normativo, mentre il secondo dall'art. 22 della medesima fonte di regolazione; il tutto da esercitare con le modalità indicate dal successivo art. 25, come modificato dalla L. n. 15/2005 e L. n. 69/2009.

Tale istituto, cristallizzato all'interno della legge sul procedimento amministrativo, appare strettamente connesso con l'imparzialità e la trasparenza della condotta pubblica, elementi necessari e valori primari dell'agire pubblico, in aderenza ai principi costituzionali di eguaglianza e buona amministrazione (artt. 3 e 97 Cost.),² in un rapporto di collaborazione e fiducia tra P.A. e cittadino, dove l'esercizio della discrezionalità amministrativa deve sempre poter essere valutato nella sua aderenza con l'interesse pubblico, sia nell'attività organizzativa del potere che in quella eminentemente pratica del rilascio di un titolo e/o di un comportamento assunto.³

La giurisprudenza amministrativa qualifica il diritto di accesso agli atti, inteso nella sua conformazione originaria e generale di cui al citato art. 22, L. n. 241/90, *"un autonomo diritto soggettivo all'informazione, non necessariamente ed esclusivamente funzionale alla tutela giurisdizionale, che può essere esercitato e tutelato per se stesso innanzi il giudice amministrativo, indipendentemente dal fatto che l'acquisizione della documentazione richiesta possa avvenire per eventuale ordine del giudice competente a conoscere delle controversie relative alle situazioni giuridiche sostanziali alle quali quella documentazione attiene o è connessa"*.⁴

Ciononostante, nell'impostazione della richiamata disposizione normativa, l'accesso agli atti non consente (né può comunque consentire) *forme di controllo generalizzato* sull'azione di un determinato ente e, men che meno, sul modo attraverso cui esso eroga i propri servizi alla collettività.

La disciplina ordinamentale dell'istituto, infatti, ha sempre precluso in radice la possibilità di conoscere della generalità degli atti adottati dalla Pubblica Amministrazione attraverso forme di accesso comunque esercitate; in questo senso, è particolarmente eloquente l'art. 24, co. 3, per il quale *"non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni"*, e da cui si desume la necessità dell'evidenziazione e della rappresentazione di

² Cfr. F. CARINGELLA, *"Manuale di Diritto Amministrativo"*, Roma, 2017.

³ Cfr., *amplius*, M. MIRABELLA, A. ALTIERI, P.M. ZERMAN, *"Manuale di diritto amministrativo"*, Giuffrè, Milano, 2012.

⁴ Cfr. Cons. di Stato, Sez. IV, sent. n. 216/1994 e Sez. IV, sent. n. 728/1994.

una ben precisa e sostanziale posizione legittimante (ossia di uno specifico nesso di strumentalità fra accesso e tutela giurisdizionale o fra accesso e partecipazione al procedimento amministrativo in termini di differenziazione).

In ragione delle predette disposizioni, la giurisprudenza ha ritenuto, in linea generale, che sia sempre consentito l'accesso a documenti amministrativi la cui conoscenza è necessaria per curare o difendere i propri interessi giuridicamente tutelati; la posizione giuridica dell'accedente, infatti, è riconosciuta come diritto soggettivo a un'informazione qualificata *"a fronte del quale l'Amministrazione pone in essere un'attività materiale vincolata, essendo sufficiente che l'istanza di accesso sia sorretta da un interesse giuridicamente rilevante, così inteso come un qualsiasi interesse che sia serio, effettivo, autonomo, non emulativo, non riducibile a mera curiosità e ricollegabile all'istante da uno specifico nesso"*.⁵

Tale diritto, invero, ferma la richiamata preclusione nei confronti di istanze ostensive generiche o massive, non è però stato sempre libero da restrizioni normative e giurisprudenziali, posto che, in ragione della presenza sovente di interessi opposti ugualmente meritevoli di tutela, non gli è stata riconosciuta la capacità, in assoluto, di spianare un qualsivoglia interesse contrario, pur se qualificato. In tale senso, *"nella scala gerarchica dei valori da considerare, in occasione della disamina dei motivi che giustificano una domanda di accesso, quelli legati alle esigenze di difesa del richiedente occupano un gradino elevato ma non tale, tuttavia, da prevalere sempre e comunque (e soprattutto acriticamente) su qualunque altro interesse, specie se contrapposto giacché invocato da chi, di contro, denuncia che, consentendosi l'accesso, si permetterebbe il disvelamento di propri dati, ritenuti sensibili, contenuti nella documentazione amministrativa da altri chiesta"*.⁶

Se dunque, l'interesse della parte contrapposta (titolare di un dato sensibile o super sensibile) può divenire cedevole rispetto a quello che anima la parte che ha chiesto l'accesso per propri motivi di difesa (e ciò, soltanto a cospetto del fatto che il documento di cui si pretende l'ostensione sia "strettamente indispensabile" a costruire e alimentare tale difesa) occorre, altresì, che la valutazione di tale stretta

⁵ Cfr. Cons. di Stato, Sez. IV, sent. n. 1768/2014.

⁶ Cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, sent. n. 1692/2017. Secondo l'interpretazione prevalente del Consiglio di Stato, pertanto, lo strumento attraverso il quale contemperare, in concreto, la contrapposizione tra interesse defensionale e interesse alla riservatezza è costituito dal parametro della *"stretta indispensabilità"* di cui all'art. 24, co. 7, L. n. 241/90, giacché esso è quello che, secondo i Giudici amministrativi, *"proprio a livello legislativo, viene contemplato come idoneo a giustificare la prevalenza dell'interesse di una parte - mossa dall'esigenza di 'curare o difendere propri interessi giuridici' - rispetto all'interesse di un'altra parte, altrettanto mossa dall'esigenza di 'curare o difendere propri interessi giuridici' legati ai dati sensibili che la riguardano e che possono essere contenuti nella documentazione chiesta in sede di accesso"*.

indispensabilità avvenga nel modo possibilmente più circoscritto e attento e non sia affermato, al contrario, sulla base di schematizzazioni formali ed astratte.⁷

*

2. *L'accesso civico previsto dall'art. 5, co. 1, D.Lgs. n. 33/2013 ed il nuovo accesso civico "generalizzato" introdotto con D.Lgs. n. 97/2016*

Diverge significativamente, dal richiamato istituto, il "*diritto di accesso civico ai dati e ai documenti*" disciplinato dall'art. 5, co. 1, D.Lgs. n. 33/2013, secondo cui "*l'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione*".

Alla luce del citato disposto normativo, ben può comprendersi, sin da ora, la rilevante differenza che esiste tra accesso ex L. n. 241/90 (c.d. accesso *tradizionale*) e nuovo accesso *civico*, i quali, pur condividendo il medesimo tipo di tutela processuale, non possono considerarsi comunque sovrapponibili: il primo, infatti, come detto, è strumentale alla tutela degli interessi individuali di un determinato soggetto che si trova in una posizione differenziata (e qualificata) rispetto agli altri cittadini, in ragione della quale ha il diritto di conoscere e di avere copia di uno o più documenti amministrativi; il secondo, al contrario, 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 che sono considerati dalle norme come pubblici e quindi conoscibili.

Dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere che, attraverso tale istituto, il legislatore italiano abbia voluto modificare la prospettiva stessa del diritto di accedere agli atti, posto che le disposizioni dettate con il D.Lgs. n. 33/2013 in materia di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle Pubbliche Amministrazioni disciplinano ora fattispecie nuove rispetto a quelle che consentivano in passato l'accesso ex artt. 22 e segg. L. n. 241/90.

Le *differenze* con il diritto di accesso tradizionale attengono, principalmente, all'*oggetto*, alle *modalità* e ai *destinatari*; in relazione al primo aspetto, l'accesso civico si può estrinsecare solo nei confronti degli atti la cui pubblicazione sia obbligatoria ai sensi dello stesso decreto; sulle

⁷ Cfr. Cons. di Stato, Sez. IV, sent. n. 3631/2016, sui limiti del diritto dei giornalisti di accedere agli atti della Pubblica Amministrazione al fine di esercitare il diritto di cronaca (fattispecie relativa alla istanza di un giornalista tendente ad ottenere dal Ministero dell'Economia copia dei contratti derivati stipulati con Istituti di credito stranieri).

modalità di esercizio, la legittimazione soggettiva del richiedente non deve essere motivata, poichè l'accesso civico "*consente ai cittadini e ad enti di controllare democraticamente se un'Amministrazione pubblica abbia adempiuto agli obblighi di trasparenza previsti dalla legge, segnatamente se abbia provveduto alla pubblicazione di documenti, informazioni o dati, sicché l'Amministrazione destinataria dell'istanza di accesso civico, ai sensi dell'art. 5, comma 3, del D.Lgs. n. 33/2013, entro trenta giorni, deve pubblicare il documento, informazione o dato richiesto sul sito istituzionale, trasmettendolo contestualmente all'istante, ovvero comunicando a quest'ultimo il collegamento ipertestuale per l'accesso, con la precisazione che in tale ultimo modo la P.A. deve procedere allorché il documento, informazione o dato risulti già pubblicato nel rispetto della normativa vigente*";⁸ in ordine, infine, al destinatario della domanda, nell'accesso tradizionale essa viene presentata generalmente agli Uffici Relazioni con il Pubblico (anche se il responsabile dei relativi procedimenti è il vertice dell'Ufficio che ha formato l'atto o che detiene lo stesso stabilmente), mentre, nell'accesso civico, deve essere presentata al Responsabile per la trasparenza.

Differiscono, inoltre, i *presupposti* e le stesse *finalità* della istanza di accesso civico da parte degli interessati.

L'entrata in vigore del D.Lgs. 97/2016, introducendo il *diritto alla conoscibilità* dell'azione amministrativa per tutti i cittadini, sul modello del *total disclosure* di origine anglosassone del *Freedom of Information Act*, ha poi ulteriormente rafforzato il dibattito sul tema della *nuova* trasparenza amministrativa.

Nasce un'ulteriore possibilità di accedere agli atti della P.A., conosciuta come "*accesso civico generalizzato*", che consiste nel "*diritto di chiunque di accedere ai dati ed ai documenti detenuti dalle Pubbliche Amministrazioni ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti e ciò allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico*".⁹

Il nuovo istituto si aggiunge, pertanto, nel nostro ordinamento, "*quale ulteriore strumento di trasparenza dell'azione amministrativa, a quella che prevede gli obblighi di pubblicazione (articoli da 12 e ss. del d.lgs. n. 33 del 2013) e alla più risalente disciplina di cui agli articoli 22 e ss. della l. n. 241/1990 in tema di accesso ai documenti*".¹⁰

Esso mira a rafforzare il carattere democratico dell'ordinamento, promuovendo un dibattito pubblico informato e un controllo diffuso sull'azione amministrativa, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo

⁸ Cfr., T.A.R. Calabria - Catanzaro, Sez. II, sent. n. 1671/2015.

⁹ Cfr. T.A.R. Puglia Bari, Sez. III, sent. n. 234/2018.

¹⁰ Cfr. T.A.R. Campania - Napoli, Sez. VI, cit. sent. n. 5901/2017.

sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle Pubbliche Amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli già oggetto di pubblicazione, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-*bis* del citato D.Lgs. n. 33/2013.

Come immaginabile, l'istituto in esame differisce, a sua volta, dalle due previgenti tipologie di accesso; ed infatti, a differenza del diritto di accesso tradizionale, l'accesso civico *generalizzato* garantisce il bene "conoscenza" in via autonoma, a prescindere dalla titolarità di un interesse qualificato e differenziato, mentre, rispetto al diritto di accesso civico *semplice*, che riguarda esclusivamente le informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria (art. 5, co. 1), il solo limite al diritto di conoscere è rappresentato dagli interessi pubblici e privati espressamente indicati dall'art. 5-*bis*.

L'obiettivo perseguito dal legislatore è quello di rafforzare (ulteriormente) lo strumento della trasparenza, posto ora a baluardo e tutela della prevenzione della corruzione, attraverso il riordino in un unico corpo normativo delle numerose disposizioni vigenti in materia di obblighi di trasparenza e pubblicità a carico delle Pubbliche Amministrazioni e la standardizzazione delle modalità attuative della pubblicazione, che avviene attraverso il sito istituzionale della P.A..

*

3. Il diritto di accesso agli atti negli appalti pubblici: la posizione dell'ultima giurisprudenza amministrativa

Gli istituti richiamati in trattazione consentono di esaminare in modo esaustivo l'accesso agli atti nelle procedure pubbliche di affidamento per le quali assistiamo ancora oggi ad un articolato dibattito giurisprudenziale.

Secondo un primo indirizzo, infatti, i documenti relativi alle procedure di affidamento ed esecuzione di un appalto sono esclusivamente sottoposti alla disciplina di cui all'art. 53, D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i. e, pertanto, restano esclusi dal c.d. accesso civico generalizzato; secondo un diverso orientamento, di contro, dovrebbe riconoscersi l'applicabilità della disciplina dell'accesso civico generalizzato anche alla materia degli appalti pubblici.

Richiamando l'impostazione che porta a escludere l'istituto dell'accesso civico generalizzato agli appalti pubblici (*ex multis*, T.A.R. Emilia - Romagna, Parma, sent. n. 197/18; T.A.R. Lombardia, Milano, sent. n. 630/19), occorre riferirsi, preliminarmente, ai contenuti di cui all'art. 53, D.Lgs. n. 50/2016, il quale reca una specifica disciplina per l'accesso agli

atti aventi ad oggetto le procedure ad evidenza pubblica finalizzate alla stipulazione di appalti o concessioni di servizi.

Nell'ambito di tale particolare disciplina, alcune pronunce ritengono dirimente la prima indicazione in esso stabilita, secondo cui *"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"*.

In particolare, la speciale disciplina contenuta nel citato art. 53 (ivi ricompreso l'espresso richiamo all'applicabilità delle regole in materia di diritto di accesso ordinario) deve considerarsi come un caso di esclusione della disciplina dell'accesso civico sulla base del seguente duplice rilievo, testuale e interpretativo.

"Da un punto di vista letterale, il comma 3 dell'art. 5-bis del d.lgs. n. 33 del 2013 è cristallino nello stabilire che il diritto di accesso civico generalizzato "è escluso" nei casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti.

Sotto questo specifico profilo, è altresì pacifico che l'accesso agli atti delle procedure ad evidenza pubblica sia soggetto al rispetto di particolari condizioni e limiti. Invero, l'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016, richiamando in toto la normativa contenuta nel codice dei contratti pubblici previgente, detta espressamente una disciplina sull'accesso in parte derogatoria rispetto alle ordinarie regole.

In tale disciplina speciale deve essere ricompresa anche la premessa, secondo cui il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Vi è dunque una precisa norma di legge che rimanda espressamente - derogandola parzialmente - alla disciplina dell'accesso ordinario.

E se è vero che alla data dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici l'accesso pubblico generalizzato per gli atti non soggetti a pubblicazione obbligatoria non era stato ancora introdotto, è altrettanto vero che è lo stesso legislatore del 2016 a considerare e regolamentare l'ipotesi di discipline sottratte per voluntas legis, anche se precedente all'introduzione del nuovo istituto, alla possibilità di accesso generalizzato.

D'altra parte, sotto un profilo più squisitamente interpretativo e giustificativo della ratio di esclusione degli atti delle procedure di affidamento ed esecuzione di contratti pubblici alle più ampie modalità di accesso previste dal d.lgs. n. 33 del 2013, occorre considerare che tali atti sono formati e depositati all'interno di una disciplina del tutto speciale e a sé stante.

Si tratta di un complesso normativo chiuso, in quanto espressione di precise direttive europee volte alla massima tutela del principio di concorrenza e trasparenza negli affidamenti pubblici, che dunque attrae

a sé anche la regolamentazione dell'accesso agli atti connessi alle specifiche procedure espletate.

In altri termini, risulta del tutto giustificata una scelta del legislatore volta a sottrarre anche solo implicitamente (ma, si è visto, si uniscono a tale interpretazione anche forti argomenti di natura testuale) una possibilità indiscriminata di accesso alla documentazione di gara e post-gara da parte di soggetti non qualificati" (così T.A.R. Emilia - Romagna, Parma, cit. sent. n. 197/18).

Secondo il giudice amministrativo, nel caso di specie, si tratta pur sempre di documentazione che, da un lato, subisce un forte e penetrante controllo pubblicistico da parte di soggetti istituzionalmente preposti alla specifica vigilanza di settore (ANAC) e, dall'altro, coinvolge interessi privati di natura economica e imprenditoriale di per sé sensibili, specie quando tali interessi, dopo l'aggiudicazione, vanno a porsi su di un piano pari ordinato - assumendo la connotazione di veri e propri diritti soggettivi - rispetto a quelli della stazione committente.

D'altra parte, il Collegio "non può certo escludere che nell'attuale contesto sociale e ordinamentale - in cui la trasparenza dell'operato delle amministrazioni ha assunto il ruolo di stella polare - il legislatore possa compiere una scelta diversa (volta cioè ad estendere la possibilità di controllo generalizzato anche su documenti che possono costituire la "spia" di una deviazione dai fini istituzionali) ma tale scelta, proprio per la forte conflittualità degli interessi coinvolti e per la specialità del campo in cui andrebbe ad operare, deve essere necessariamente espressa ed inequivocabile".

Tale decisione si pone in linea con altra recente pronuncia di primo grado (T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. I, sentenza 25 marzo 2019, n. 630), secondo cui è legittimo il provvedimento con il quale un'Amministrazione appaltante ha respinto una richiesta di accesso civico generalizzato relativa a determinati preventivi di spesa per l'affidamento dei servizi di assistenza legale per il recupero dell'evasione ed elusione tributaria disposto in favore di una società cooperativa.

Secondo il Collegio, infatti, *"tale richiesta non rientra nel diritto di accesso civico generalizzato ai documenti, dati e informazioni non soggetti ad obbligo di pubblicazione (ai sensi dell'art. 5, comma 2 e ss. del D.Lgs. n. 33/2013); tali preventivi di spesa, infatti, si sostanziano in documenti afferenti alla 'procedura di affidamento ed esecuzione' dell'incarico professionale affidato alla suddetta cooperativa, che, in quanto tali, sono sottoposti alla disciplina di cui all'art. 53, D.Lgs. n. 50/2016".*

Secondo opposta opzione ermeneutica (T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. IV, sentenza 11 gennaio 2019, n. 45¹¹) la richiesta di accesso civico ex

¹¹ Secondo il Collegio è illegittimo, nel caso di specie, il diniego di accesso agli atti di una gara di appalto motivato con riferimento al fatto che la ditta richiedente l'accesso, pur essendo stata

art. 5, comma 2, D.Lgs. n. 33/2013 nei procedimenti di appalto delle Pubbliche Amministrazioni di cui al vigente D.Lgs. n. 50/2016 appare, in linea generale, fondata.

In particolare, non suffraga la tesi del rigetto il riferimento al comma 3 dell'art. 5-*bis* citato, secondo cui l'accesso civico è escluso *"nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990"*. Di contro, a conforto dell'autorizzazione all'ostensione dei documenti in siffatti procedimenti, tali condizioni, modalità o limiti *"devono in generale essere correlati sia al principio generale di trasparenza, quale affermato all'art. 1 dello stesso d.lgs. 50/2016, sia al fatto che essi sono coordinati, nell'ambito della stessa previsione a "divieti d'accesso", e non a restrizioni di minor rilievo: la disciplina di cui al citato D.Lgs. n. 33/2013 costituisce insomma la regola generale e le eccezioni alla medesima devono essere interpretate restrittivamente, per evitare la sostanziale vanificazione dell'intendimento del legislatore di garantire l'accesso civico.*

Ora, la disciplina dell'accesso agli atti in materia di appalti si rinviene nell'art. 53 del codice dei contratti pubblici, il quale però al primo comma richiama espressamente la legge n. 241/1990, salvo introdurre nei commi successivi una serie di prescrizioni riguardanti invero essenzialmente il differimento dell'accesso in corso di gara, senza quindi che possa sostenersi che si configuri una speciale disciplina, realmente derogatoria di quella di ordine generale della legge 241/1990 e tale da escludere definitivamente l'accesso civico: questo potrà essere in subiecta materia temporalmente vietato, negli stessi limiti in cui ciò avviene per i partecipanti alla gara, e dunque fino a che questa non sarà terminata, ma non escluso definitivamente, se non per quanto stabilito da altre disposizioni, e così, prima di tutte, dalla chiara previsione dell'art. 5 comma 2 del D.Lgs. 33/2013" (T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. IV, cit. sentenza 11 gennaio 2019, n. 45).

Quest'ultima decisione - a conferma l'orientamento giurisprudenziale secondo cui, anche in tema di appalti pubblici e procedure di affidamento, non spetta all'Amministrazione valutare nell'ambito del procedimento di accesso la fondatezza o meno delle ragioni poste a base della tutela che l'interessato intende perseguire, essendo bastevole la dimostrazione di un interesse personale e diretto alla conoscenza della documentazione richiesta - ha ritenuto fondata una richiesta di accesso da parte di una società operante in un settore turistico analogo a quello degli stabilimenti balneari, in merito agli atti relativi alla concessione rilasciata alla controinteressata dall'Amministrazione comunale.

invitata, non ha partecipato alla gara stessa, atteso che la mancata partecipazione ad una procedura non implica di per sé l'esclusione da ogni pretesa di accesso ai documenti.

La richiesta di accesso riguarda, infatti, *"documenti posti a base della concessione e attinenti al possesso dei requisiti soggettivi e oggettivi richiesti al concessionario in base all'art. 38 del codice dei contratti. Si tratta di documenti acquisiti nell'ambito di una procedura a evidenza pubblica espletata dalla P.A. che è stata resa conoscibile all'interno del medesimo procedimento di selezione. La circostanza che la ricorrente non abbia partecipato in concorrenza alla selezione non può costituire motivo ostativo all'accesso alla documentazione di che trattasi in quanto la richiedente ha motivato la propria richiesta con fini di tutela giurisdizionale suffragata dalle iniziative processuali promosse dalla stessa avverso l'atto di concessione rilasciato a conclusione della predetta procedura di selezione"* (T.A.R. Veneto, Sez. I, sentenza 10 gennaio 2017, n. 16).

Con la recente sentenza 5 giugno 2019, n. 3780, la III Sezione del Consiglio di Stato, in riforma della precedente decisione n. 197/2018 del T.A.R. Emilia Romagna - Parma, prendendo atto dei differenti richiamati orientamenti, ha ritenuto illegittimo il diniego serbato dall'Amministrazione nei confronti di un'istanza ostensiva ex art. 5, comma 2, D.Lgs. n. 33/2013, volta a ottenere copia degli atti di una gara di appalto di servizi, ormai conclusa, sulla scorta di una lettura coordinata e funzionale dell'art. 53, D.Lgs. n. 50/2016 (che rimanda alla disciplina dell'accesso documentale disciplinato dall'art. 22 e segg., L. n. 241/1990) e dell'art. 5-bis, comma 3, D.Lgs. n. 33/2013.

Ritiene il Collegio, al riguardo, che il primo comma del citato art. 53 richiama la disciplina contenuta nella L. n. 241/90, mentre, nel secondo, elenca una serie di prescrizioni riguardanti il differimento dell'accesso in corso di gara.

Di contro, l'art. 5-bis, comma 3 stabilisce l'esclusione dell'accesso civico generalizzato, fra l'altro, nei casi previsti dalla legge *"ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti"*.

Pertanto, *"tale ultima prescrizione fa riferimento, 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".

In sostanza, a superamento dei precedenti contrasti sorti in sede di prima lettura della norma, il Consiglio di Stato non ritiene oggi che il rinvio operato dall'art. 53 alla disciplina degli artt. 22 e segg. della L. n. 241/90, possa condurre alla generale esclusione dell'accesso civico della materia degli appalti pubblici. Rileva, al riguardo, come *"il citato D.Lgs. n. 97/2016, successivo sia al "Codice dei contratti" che - ovviamente - alla legge n. 241/90, sconti un mancato coordinamento con quest'ultima normativa, sul procedimento amministrativo, a causa del non raro difetto, sulla tecnica di redazione ed il coordinamento tra testi normativi, in cui il legislatore incorre.*

Non può, dunque, ipotizzarsi una interpretazione "statica" e non costituzionalmente orientata delle disposizioni vigenti in materia di accesso allorché, intervenuta la disciplina del d.lgs 97/2016, essa non risulti correttamente coordinata con l'art. 53 codice dei contratti e con la ancor più risalente normativa generale sul procedimento: sarebbe questa, opinando sulla scia della impugnata sentenza, la strada per la preclusione dell'accesso civico ogniqualvolta una norma di legge si riferisca alla procedura ex artt. 22 e seguenti L. 241/90.

Ritiene, viceversa, il Collegio, che una interpretazione conforme ai canoni dell'art. 97 Cost. debba valorizzare l'impatto "orizzontale" dell'accesso civico, non limitabile da norme preesistenti (e non coordinate con il nuovo istituto), ma soltanto dalle prescrizioni "speciali" e interpretabili restrittivamente, che la stessa nuova normativa ha introdotto al suo interno".

Il Collegio attinge, nella propria valutazione, ai più generali principi in tema di trasparenza amministrativa che non possono (e non debbono) tenere esenti gli appalti pubblici, con particolare riferimento alla fase successiva all'aggiudicazione, quando le possibilità di infiltrazioni criminali trovano terreno più agevole in ragione della contemporanea sopravvenuta assenza dalla procedura di tutti gli operatori economici che hanno concorso all'assegnazione dell'opera.

*

4. Conclusioni

Le condivisibili conclusioni a cui è pervenuto recentemente il Consiglio di Stato hanno richiamato il principio della nuova trasparenza amministrativa, sancito dall'art. 1, D.Lgs. n. 33/2013, inteso come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle Pubbliche Amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche.

In tale ottica, si è voluto affermare in giurisprudenza la necessità di rafforzare, in materia di appalti pubblici e procedure di affidamento, la funzione dell'accesso civico anche quale strumento di prevenzione e contrasto della corruzione.

Appare utile, anche in questa sede, a voler concludere, richiamare il parere Comm. Speciale 515/2016 dello stesso Consiglio di Stato, il quale ha correttamente osservato come: *"la trasparenza si pone come un valore-chiave, in grado di poter risolvere uno dei problemi di fondo della pubblica amministrazione italiana: quello di coniugare garanzie ed efficienza nello svolgimento dell'azione amministrativa. Tale valore può essere riguardato [...] come modo d'essere tendenziale dell'organizzazione dei pubblici poteri [...]. In altri termini, se l'interesse pubblico - inteso tecnicamente come "causa" dell'atto e del potere amministrativo - non può più essere rigidamente predeterminato e imposto, ma costituisce in concreto la risultante di un processo di formazione cui sono chiamati a partecipare sempre più attivamente i componenti della comunità, occorre anche "rendere visibile" il modo di formazione dell'interesse medesimo, i soggetti che vi concorrono [...] nonché rendere conoscibili i dati di base, i presupposti da cui si muove, i modi di esercizio del potere, ivi comprese le risorse utilizzate".*¹²

L'impegno del legislatore profuso in tema di accesso agli atti ha dimostrato, pertanto, come sia sicuramente possibile una più generale attenzione ed una effettiva responsabilizzazione dei pubblici uffici, anche in chiave di anticorruzione; traguardo, quest'ultimo, che, in linea con l'impostazione e le indicazioni dell'Unione Europea, dovrà essere perseguito attraverso il fermo rispetto delle norme fondamentali in tema di legalità, buon andamento e imparzialità della P.A., nonché dei principi generali attinenti all'etica e alla morale, intesi nella loro accezione più puntuale e rigorosa; il tutto, evidentemente, a prescindere da ruoli e funzioni di ciascuno, in una logica di condivisione di obiettivi e di risultati per un futuro migliore del nostro Paese.

Roma, 27 giugno 2019

¹² Cfr. C.d.S. Sez. III, sentenza 5 giugno 2019, n. 3780.